بحث مقارن

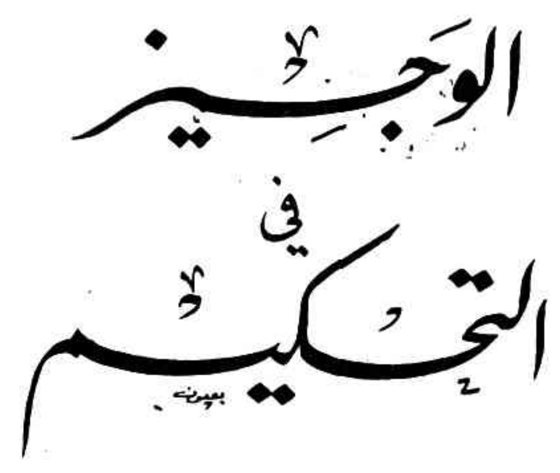


شروطه ، أقسامه ، إجراءآته ، أحكامه
شرعاً وقانوناً

تأليف
حسين المؤمن
المحامي

الى الاستاذ الفاضل السيد عبد القادر
عبد اللطيف مع التحية والتقدير
المؤلف
٢٢/٧/٨٥

بحث مقارن



الوجيز في التحكيم

شروطه، أقسامه، إجراءآته، أحكامه
شرعاً وقانوناً

تأليف
حسين المؤمن
المحامي

مطبعة الفجر
بيروت
١٩٧٧

التحكيم

توطئـــة :

هذا الموضوع – شأن الخبرة والكشف – يضعه فقهاء القانون ضمن مباحث المرافعات باعتباره من إجراءات الدعوى . وبالنسبة إلى آثاره ، وكيفية تنفيذه ، يلحقه آخرون بقانون التنفيذ [١] ، غير أن عقد التحكيم ذاته يعتبر – بلا شك – من موضوعات القانون المدني ، شأن غيره من العقود الأخرى [٢] ، ويعتبر من ناحية أخرى من الطرق المقررة لحسم النزاع . ولهذا رأينا – إتماماً للفائدة – إضافة موضوع التحكيم إلى مؤلفنا – نظرية الإثبات – كملحق ، باعتباره من وسائل فض المنازعات .

والحَكَم – لغــة – كالحاكم ، منفذ الحكم ، جمعها حكّام ، وحاكمه إلى الحاكم دعاه وخاصمه ، وحكّمه في الأمر تحكيماً أمره أن يحكم فاحتكم ، والحَكَمان – محركة – أبو موسى الأشعري وعمرو بن العاص ؛ وحكّام العرب في الجاهلية أكثم بن صيفي ، وحاجب بن زرارة ، وعبد المطلب ، وأبو طالب [٣] .

والتحكيم طريق إستثنائية للفصل في الخصومات ، ذلك أن المرجع الأصلي لحسم المنازعات هو القضاء ، إحدى الدعائم الثلاث في كل مجتمع متحضر [٤] . إذ يعتبر الفصل

---

(١) كان المشرع المصري سابقاً يضع التحكيم ضمن موضوعات « التنفيذ » . وقد تأسى به فقه القانون ، فقد رأينا الأستاذ عبد الحميد أبو هيف يبحث التحكيم في مؤلفه « طرق التنفيذ والتحفظ » ولم يتطرق اليه في مؤلفه الآخر « المرافعات المدنية والتجارية » ، كما وأن الأستاذين أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد شرحا التحكيم في مؤلفهما « التنفيذ علماً وعملا ».

(٢) وعلى هذا الأساس بحثه الاستاذ محمد كامل مرسي في الجزء الأول من مؤلفه (العقود المسماة بند ٢٨٥–٢٩٧ ص ٥٤١ ، وما بعدها) . جرياً على النهج الذي أخذ به المشرع الفرنسي مدني م ٢٠٤٢ وما بعدها .

(٣) القاموس المحيط – الفيروز آبادي – ج ٤ ص ٩٨ ، وقد ذكر أسماء أشخاص كثيرين لحكام العرب في الجاهلية غير من ذكرنا في المتن ولم نر داعياً لإثباتها خشية الإطالة .

(٤) لكل مجتمع منتظم ثلاث سلطات : التشريعية ، والتنفيذية ، والقضائية ، وكل واحدة منها مستقلة عن الأخرى (الحقوق الدستورية – عبد الحميد القشطيني – ج ٢ ص ٢٩٤) .

في الخصومات . وإقامة العدل بين المواطنين من أخص واجبات الدولة . لكي يطمئن الناس على أرواحهم ، وحرياتهم ، وأعراضهم ، وأموالهم ، ولذلك فللدولة وحدها حق فرض هذه العدالة ، ولا يجوز لأي كان أن يرفض ، أو ينازع في تدخلها . أو أن يتحرر من سلطانها ، فالقضاء هو مظهر سيادتها ، وقد أولته الدول عموماً عناية كبيرة . ومنحته سلطات واسعة ، تكفل له حريته واستقلاله ، وزودته بجميع الوسائل التي تمكنه من القيام بمهمته على الوجه الأمثل . وقد نصت المادة الستون من الدستور العراقي الموقت – أصبحت بعد التعديل المادة ٦٢ – « القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون » .

وإذا كانت التقنينات قد أجازت قبول التحكيم ، أي طرح النزاع القائم بين الخصوم على أشخاص ليفصلوا فيه ، دون اللجوء إلى القضاء العادي ، فما ذلك إلا بقصد التيسير على أطراف النزاع ، إقتصاراً للوقت ، وإقتصاداً في النفقات ، والإبتعاد عن شطط الخصومة واللدد فيها ، وتفادياً من بطء الإجراءات الشكلية في المرافعة أمام القضاء بتبسيطها ، ورفع العناء عنهم من بذل ما تقتضيه الدعاوى أمام المحاكم من مصروفات باهظة ، ووقت طويل ، وجهد كبير .

على أن التحكيم أخذ ينمو ويتسع في عصرنا الحاضر ، خاصة في النظام القضائي الغربي . فقد أصبحت له مكاتب خاصة ، وأشخاصاً أخصائيين . كما إزدادت أهميته في كافة الأقطار الأخرى ، وخاصة في المشاريع الإنشائية الكبرى ، وعلى الأخص في عقود الإمتيازات التي تبرمها الحكومة مع شركات وأصحاب الإمتياز ، لإستثمار موارد البلاد الطبيعية ، كالنفط والكبريت والنحاس وغيرها. مفضلين اللجوء إليه ، لفض ما قد ينشأ من أوجه الخلاف عند تنفيذ عقودهم ، بدلاً من الركون إلى القضاء ، لما تنطوي عليه طبيعة التحكيم من سرعة في الحسم ، وبساطة في الإجراءات ، وقلة في النفقات ، وإطمئنان إلى أشخاص وثق الطرفان مقدماً بعد التهم ، وتأكدوا من حيادهم ونزاهتهم .

لذلك فقد اكتسب التحكيم في المشاريع الإنشائية ، وخاصة الحكومية منها ، أهمية بالغة ، وكانت أهميته أكبر ، وخطورته أعظم في عقود الإستثمارات النفطية ، وغيرها من الإمتيازات التي تعقدها الحكومات مع الجهات أو الشركات الوطنية أو الأجنبية ؛ بل لقد أصبح من مظاهر العصر الحاضر ، ولا سيما ما كان منه متميزاً بطابع التخصص أو الصفة الدولية [٥] .

---

(٥) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ حول نصوص مواد التحكيم . والمادة ٦٩ من الشروط العامة لمقاولة أعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة ١٩٧٤ .

والتحكيم من هذه الناحية ، يعتبر من موضوعات الحقوق والقوانين الدولية الخاصة ، بوصفه من المواثيق التي تتعامل بها الحكومات فيما يختص بثرواتها الوطنية ، وفعلاً فقد نظم بتاريخ ١٩٢٣/٩/٢٤ في جنيف بروتوكول لأمور التحكيم ، أنظم إليه العراق بالقانون رقم ٣٤ سنة ١٩٢٨ .

وعلى ذلك فسنتطرق إلى هذه الناحية من التحكيم بشكل موجز ، تاركين التفصيل في هذا الشأن لمؤلفي القانون الدولي الخاص .

لقد كان شرط التحكيم في عقود إمتيازات النفط وما شاكلها ، مثار خلاف لدى فقهاء القانون ، بين موافق على التحكيم فيه ، ومعارض له .

وسند الفريق الأول في جملته، هوأن عقود التحكيم هي من ضمن العقود التجارية، التي يعتبر التحكيم بشأن فض المنازعات المتكونة فيها من الأمور الإعتيادية . يضاف إلى ذلك إن الشرائع السماوية ، وجميع القوانين الوضعية ، قبلت مبدأ التحكيم لحل الخلافات لما فيه من توفير للوقت ، وإقتصاد في النفقات ، كما إن قيام هذا الشرط ، يجعل الشركات الأجنبية ذات الإمتياز في حالة إطمئنان على مركزها ، من مبادرة الحكومات ، إلى سن تشريعات تؤثر في حقوقها المكتسبة بموجب عقود امتيازاتها ، كما أنها لا تأمن من إنحياز القضاء الوطني إلى جانب بلاده .

أما الرأي المخالف ، فيقول إن إحالة النزاع بين الحكومة والشركات صاحبة الإمتياز لإستثمار مواردها الوطنية إلى محكمين ، هم في الغالب من جنسيات أجنبية ، يعني ضمناً التنازل عن مبدأ سيادة الدولة ، التي يعتبر القضاء من أبرز وجوهها .

والرأي الأول هو الراجح في مجال التطبيق العملي ، وقد إلتزمت به غالبية الدول الدول ومنها الحكومة العراقية في عقود امتيازاتها النفطية وغيرها ، كما سنشير إلى ذلك فيما بعد .

التحكيم شرعـــاً :

والتحكيم ليس من صنع التشريعات الوضعية ، وإنما هو ثابت بكتاب الله ، وسنة رسوله ، وإجماع فقهاء الشريعة ، فقد قال تعالى في كتابة العزيز بشأن الوفاق بين الزوجين « وإن خفتم شقاق بينهما، فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »[1] كما أن الرسول الكريم قبل أن يحكّم سعد بن معاذ في بني قريضة ، كما هو مفصل في كتب

---

(١) سورة النساء آية رقم ٣٥.

التاريخ . وعلى ذلك أيضاً جرت سيرة الخلفاء الراشدين . فقد روي إن نزاعاً نشب بين عثمان بن عفان ، وطلحة بن عبدالله ، بشأن أرض باعها الأول إلى الثاني ، وادعى كل منهما أنه لم ير المبيع ، وإن الخيار له دون صاحبه في فسخ البيع ، فحكما بينهما جبير بن مطعم للفصل في هذا النزاع فحكم بأن الخيار إلى طلحة [٢] .

كذلك أجمعت كافة المذاهب الإسلامية ، على الأخذ به في حقوق العباد التي تقبل الإسقاط ؛ أما حقوق الله كالحدود والقصاص ، فلم تجز التحكيم فيها [٣] .

والمجلة القائمة على المذهب الحنفي ، وهي من مخلفات الدولة العثمانية ، والتي كانت سارية المفعول في العراق حتى منتصف سنة ١٩٥٣ هي الأخرى أخذت بمبدأ التحكيم فنصت عليه في الباب الرابع من كتاب القضاء – السادس عشر – في المادة ١٧٩٠ وفي المواد من ١٨٤١ إلى ١٨٥١ . كما نصت عليه أيضاً المادتان ٦٠ و ٦١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية الأسبق ، والمادة ٤٠ من ذيله الصادر في ٢٦ مارت سنة ١٣٢٧ رومي [٤] وكلاهما من مخلفات العهد العثماني . وذلك تكملة لما جاء في نصوص المجلة. وبمبدأ التحكيم الوارد في الآية الكريمة أخذت المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩ والتي سيأتي ذكرها تفصيلاً فيما بعد؛ فجاء فيها «على القاضي قبل إصدار الحكم بالتفريق بين الزوجين في حالة عدم إمكان دوام العشرة وحصول التوفيق بينهما ، أن يعيّن حَكَماً من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوجة ، لإصلاح ذات البين بينهما » .

وعلى ذلك فالتحكيم منصوص عليه شرعاً ، للتوفيق بين الزوجين في مسائل الزواج الطلاق والنفقة وفي كافة الأمور المالية التي تترتب على الأحوال الشخصية . بل وفي وكافة الحقوق الخاصة التي تقبل الإسقاط .

وما جاءت به المجلة وقانون الأحوال الشخصية في هذا الصدد ، يوافق – بوجه العموم – أقوال المذاهب الإسلامية المعروفة .

وخلاصة ما جاء في أقوالهم عن التحكيم ، هو أن حُكم المحكَّم واجب التنفيذ ،

---

(٢) علي حيدر – شرح المجلة على المادة ٣٢٢ – ص ٢٧٢ .

(٣) علي حيدر حول المادة ١٨٤١ من المجلة ص ١٢٦ ، تحرير المجلة – محمد حسين كاشف الغطاء – ج ٤ ص ١٩٥ . (فقه جعفري) ضياء الدين العراقي – كتاب القضاء – ص ١٢ . معين الحكام ص ٢٤ .

(٤) هذا القانون وذيله من مخلفات الدولة العثمانية أيضاً ، وقد بقي العمل فيهما في العراق إلى أن أصبح قانون المرافعات السابق رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ نافذ المفعول في ١٩٥٦/١٢/٢٥ ، والذي حل محله قانون المرافعات القائم رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

متى كان موافقاً لأحكام الشرع ، شأنه في ذلك شأن الصلح . فكما أن الصلح بعد تمامه لا يجوز الرجوع فيه (المجلة م ١٥٥٦ ، مدني م ٧١٢) ، كذلك ومن باب أولي لا يجوز الرجوع في حكم المحكمين (٥) .

ويجب لتنفيذ حكم المحكم شرعاً — كما هو الحال في حكم القاضي — أن يكون مبنياً على أسبابه ، وهي البينة — الشهادة — والإقرار ، واليمين .

وعدم موافقة حكم المحكَّم للأحكام الشرعية يكون على صورتين (٦) :

الأولى : — أن يكون في حكم المحكَّم خطأ، لا يوافق قول أي مذهب من المذاهب، أو لا يوافق مذهب المجتهد الذي يقلده القاضي ، أو رأي أي مجتهد من المجتهدين وفقهاء الشريعة ، ذلك إن الحُكْم على هذا الوجه يعتبر ظلماً يجب رفعه، ولذلك فينقض القاضي هذا الحكم ، ويحكم في القضية على وجه الحق .

الثانية : — أن يكون حكم المحكَّم موافقاً لمذهب أحد المجتهدين ، غير أنه لا يوافق مذهب المجتهد الذي يقلده القاضي الذي عرض عليه حكم المحكَّم ، وفي هذه الصورة ينقض القاضي ذلك الحكم أيضاً ، لأن حكم المحكَّم لا يرفع خلافاً في المجتهدات تولأن ولايته قاصرة على الطرفين المتخاصمين .

وقواعد التحكيم وإجراءاته التي نص عليها قانون المرافعات القائم والتي سنأتي على فصيلها توافق في مجملها نصوص المجلة وأحكام الشريعة ، كما سنشير إلى ذلك في ثنايا هذا البحث .

ومما يجب التنبيه عليه هو أن قول المادة ١٨٤١ من المجلة « يجوز التحكيم في دعاوي المال المتعلقة بحقوق الناس » . يجب ألاّ يفهم منه إن التحكيم لا يجوز في الأمور المتعلقة بغير المال ، فقد أجمع فقهاء الشريعة — كما ذكرنا — على جواز التحكيم في جميع حقوق العباد ، التي تقبل الإسقاط ، بل إن الآية الشريفة آنفة الذكر التي وردت بشأن التحكيم لم تكن بخصوص المال وإنما للتوفيق بين الزوجين .

---

(٥) علي حيدر — المرجع السابق ، تحرير المجلة — محمد حسين كاشف الغطاء — ج ٤ ص ١٩٦ وما بعدها ، كتاب القضاء — الشيخ ضياء الدين العراقي — ص ١٢ — ١٣ .

(٦) بهذا المآل شرح المجلة لعلي حيدر على المادة ١٨٤٩ ص ١٣٢ ، ومحمد سعيد المحاسني — شرح المجلة نفس المادة ج ٣ ص ٥٣٦ وسليم رستم باز — شرح المجلة حول المادة ذاتها ص ١١٩٨ ، تحرير المجلة — محمد حسين كاشف الغطاء — ج ٤ ص ١٩٦.

التحكيم قانوناً

تمهيد وتوطئة : ـ

عندما شرع القانون المدني سنة ١٩٥١ ، أبقى على أحكام التحكيم الواردة في المجلة ، ضمن ما أبقى عليه منها [١] ، كما لم يتعرض للمادتين الأصوليتين (٦٠ و٦١) ، أو لمادة الذيل ٤٠ آنفات الذكر .

غير أن قانون المرافعات المدنية السابق رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ ـ الذي حل محل قانون الأصول الحقوقية الأسبق ـ ألغى كتابي الدعوى والقضاء من المجلة ، وهما الكتابان الباقيان منها بعد تشريع القانون المدني ، ووضع أحكاماً خاصة بالتحكيم ، نص عليها في الفصل الرابع من الباب الثالث الذي تضمن إحدى عشرة مادة أي من المادة ١٣٩ إلى المادة ١٤٩ [٢] وقد كانت هذه المواد بادية القصور مرتبكة النصوص ، تسبب عنها إشكالات في التنفيذ ، كما سنرى .

أما قانون المرافعات القائم رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ [٣] ، فقد عني بالتحكيم عناية خاصة ، بسبب ما أظهره تطبيق القانون السابق في هذا الشأن من قصور في نصوصه ، وارتباك في معانيه ، أدت إلى عكس ما توخاه المتعاقدون ـ الإقتصاد في النفقات والإقتصار في الوقت ـ فقد استفحل الخلاف في موضوع التحكيم ، وطال أمده ، واحتدم الجدل في تفسير نصوصه ، وتشعبت الأراء في تفهم معانيه ، خاصة مسألة حجية أحكام المحكَّمين ، ومدى رقابة المحكمة عليها [٤] ، وعما إذا كانت أحكامهم هذه تقبل التنفيذ المباشر لدى دوائر التنفيذ ، أم لا بد من مصادقة المحكمة عليها ، مما حدا بالحكومة إلى إعادة النظر في نصوصه ، فوضعت له أحكاماً جديدة لتوضيح ما التبس منها وتنظيم إجراءاته ، وتوسيع نطاقه ، فخصصت له في قانون المرافعات الجديد ، الباب الثاني من الكتاب الثالث ، الذي اشتمل على ست وعشرين مادة ، من المادة ٢٥١ إلى المادة

---

(١) أبقى القانون المدني على الكتابين الرابع عشر ـ الدعوى ـ والسادس عشر ـ القضاء ـ من المجلة (المدني م ١٣٨١) .

(٢) نشر هذا القانون في الوقائع العراقية بالعدد ٣٨٧٠ وتاريخ ١٩٥٦/٩/٢٤ ، واعتبر نافذ المفعول بعد ثلاثة أشهر من تاريخه (م ٢٥٤) أي في ١٩٥٦/١٢/٢٥ .

(٣) صدر هذا القانون في ١٩٦٩/٥/٢٧ ، ونشر في الوقائع العراقية بالعدد ١٧٦٦ وتاريخ ١٩٦٩/٨/١٠ واعتبر نافذ المفعول بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره أي في ١٩٦٩/١١/١١ .

(٤) لقد أدى الخلاف الشديد بين الحكومة ، وإحدى الشركات حول مدى رقابة المحكمة على حكم المحكمين ، وسلطتها بموجب المادة ١٤٩ من قانون المرافعات السابق ، إلى أن تستشير الحكومة الأساتذة : عبد الرزاق السنهوري ، وحشمت أبو ستيت ، وعبد الباسط الجميعي في هذا الشأن . أنظر في هذا الشأن مقالا للاستاذ حميد يونس المحامي (القضاء س ٢٣ ع ٢ ص ٧ ـ ٣٦) .

٢٧٦ ، على النحو الذي سنراه فيما بعد .

وعلى الرغم من أن إجراءات التحكيم في القانون القائم أكثر وضوحاً وتبسيطاً منها في القانون السابق ، وهي في أغلب أحكامها — على ما يبدو لي — مستقاة من المجلة وقانون المرافعات المصري السابق [٥] ، إلا أنها لا تزال — كما هو الحال في مصدرها المصري — تثير كثيراً من الصعوبات ، أمام الخصوم والقضاء ، وهاك ما يقوله أحد أساتذة المرافعات المصريين في هذا الخصوص « إن المشرع وإن أجاز التحكيم ، ألا أنه أحاطه بكثير من الإجراءات ؛ بحيث يمكّن الخصم سيء النية من إستنفاد وقت خصمه وماله وجهده ، وبعبارة أخرى ، إذا كان المشرع قد وضع نظام التحكيم ليغني الخصم عن الإلتجاء إلى القضاء ، وما يقتضيه هذا من توفير الوقت والجهد والنفقات ، فإنه مع ذلك وضع قواعد أوجب إتباعها أمام المحكمين ، وإلا ما أمكن تنفيذ أحكامهم ، وبناء عليه ، إذا لم تكن هذه القواعد الأخيرة واضحة وبسيطة محكمة ، صالحة لتفادي أي نزاع يحدث بشأن تنفيذ أحكامهم ، فإن التحكيم يكون سبباً لكثرة القضايا وتعقيدها . بدلاً من أن يكون سبباً لتفاديها ، ويكون من الخير المبادرة بالإلتجاء إلى القضاء بدل الإلتجاء إليه . بعد عرض النزاع على محكمين لأبطال ما أصدروه من أحكام وللفصل في النزاع من جديد [٦] » .

بعد هذا التمهيد الموجز لموضوع التحكيم ، نأتي على تعريفه ، وبيان أحكامه وإجراءاته وفقاً لما نص عليه قانون المرافعات القائم ، مع الإشارة إلى ما يقابله في التقنينات الأخرى .

---

(٥) لقد شرع في مصر قانون جديد للمرافعات هو القانون المرقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ ، بدلا عن القانون السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ، وليس هناك فرق كبير في شأن التحكيم بين نصوص القانونين ، سوى أن القانون الجديد ، أوجب تحديد أسماء المحكمين (م ٥٠٢) . كما نص على انقطاع الخصومة أمام المحكمة بقيام أي سبب من أسباب إنقطاعها التي قررها قانون المرافعات (م ٥٠٤) . كما نص — خلافاً للقانون السابق والقانون العراقي القائم — بعدم وجوب اتباع إجراءات المرافعات في موضوع التحكيم (م٥٠٦) . على أن أهم ما ورد فيه من حكم جديد هو أنه لم يقبل الطعن بحكم المحكم بطريق الإستئناف (م ٥١٠) ؛ واعتبر مجرد إقامة دعوى البطلان لحكم المحكم يستلزم وقف تنفيذه (م ٥١١) .

(٦) الدكتور أحمد أبو الوفا (التحكيم بالقضاء أو بالصلح) ص ٣٠٥ ، والدكتور أبو الوفا هو رئيس قسم المرافعات بجامعة الإسكندرية ، وأحد أعضاء لجنة تنقيح قانون المرافعات وتوحيده ، ولجنة توحيد التشريع في الإقليمين المصري والسوري أثناء قيام الوحدة بينهما .

(المستحدث في قانون المرافعات وقانون الإثبات ص ٣ هامش رقم ٢) للدكتور أبو الوفا نفسه . كما وان الدكتور أبو الوفا بعد أن أعاد طبع كتابه المذكور « التحكيم بالقضاء أو بالصلح » وضع له عنواناً جديداً هو « عقد التحكيم وإجراءاته » .

تعريف التحكيم :

التحكيم عقد يتفق بموجبه شخصان أو أكثر ، على أن يحيلوا إلى شخص أو أكثر الفصل بينهم في نزاع قائم فعلاً . أو متوقع الحدوث في المستقبل ، بخصوص تنفيذ عقد معين ، بدلاً من الإلتجاء إلى القضاء .

ويطلق على هؤلاء « محكـَّمون » أو «حكـّام» ومفردة «محكـّم» — بالفتح — و «حـَكـَمْ» —محركة — ويسمى الإتفاق « مشارطة التحكيم » . وإذا حصل الإتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه أو في عقد مستقل ، سمي « شرط التحكيم » [1] . وهو عندما يتفق الطرفان مقدماً على حسم كل أو بعض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين بطريق التحكيم .

وعرفت المجلة التحكيم في المادة ١٧٩٠ فقالت « التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حـَكـَماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حـَكـَم بفتحتين ومـُحـَكـّم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة » .

أما المشرع العراقي فإنه وإن كان لم يأت في قانون مرافعاته السابق أو الجديد بتعريف خاص للتحكيم ، غير أن المادة ٢٥١ من القانون القائم جاءت بما يفيد ذات المعنى التي وردت في التعريف ، فقالت « يجوز الإتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما يجوز الإتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين » [2] .

---

(١) أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد — التنفيذ علماً وعملا — ط ٢ بند ٩٣٩ ص ٣٧٠ ، عبد الحميد أبو هيف — طرق التنفيذ والتحفظ — ط ٢ بند ١٣٦٤ ص ٩١٨ ، محمد كامل مرسي — العقود المسماة ج ١ ط ٢ بند ٢٨٦ ص ٥٤١ والهامش رقم (٢) . وشرط التحكيم — لا مشارطته — غير جائز بنظر المحاكم الفرنسية إلا في عقود التأمين ، والتأمين البحري (كارسونيه ج ٨ بند ٣٠٣٥ و ٣٠٣٦) . —كما سنرى—

ويطلق المشرع اللبناني على شرط التحكيم « الفقرة الحكمية » وعلى مشارطة التحكيم « العقد التحكيمي » (الأصول م ٨٢٣ — ٨٢٩) وأسماها قانون المرافعات المصري الجديد « وثيقة التحكيم » (مرافعات م ٥٠١) وقانون الأصول السوري « صك التحكيم » (م ٥١٠) .

(٢) المادة العراقية هذه تطابق أو تقابل المواد ٥٠١ من قانون المرافعات المصري الجديد ، والمادة ٢٥٤ من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة ٨٢١ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، والمادة ٢ فقرة ٢ من قانون التحكيم الأردني ، والمادة ٥٠٦ من قانون أصول المحاكمات السوري .

وأحكام التحكيم الواردة في قانون المرافعات العراقي تشابه إلى حد كبير أحكام قانون المرافعات الكويتي . على أننا سنشير إلى أوجه الخلاف بين الأحكام العراقية في هذا الصدد وما ورد بشأنها في قانون المرافعات المصري الجديد رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ مادة ٥٠١ الى ٥١٣ ، وقانون أصول المحاكمات اللبناني (مادة ٨٢١ الى ٨٤٠) ، وقانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ بالإضافة إلى ما جاء بهذا الخصوص في قانون المرافعات الكويتي رقم٦ لسنة ١٩٦٠ (مادة ٢٥٤ — ٢٧٦). وقانون الأصول السوري (مادة٥٠٦ إلى ٥٣٤).

والتحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات ، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ، فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحتكمين إلى عرضه .

على أنه يجب التمييز في عقد التحكيم بين مشارطة التحكيم ، وبين شرط التحكيم ؛ فمشارطة التحكيم يقتضي وقوع المنازعات بالفعل . بحيث تكون معلومة ومن الممكن تكييفها وتحديدها ؛ بخلاف إشتراط التحكيم الذي يُقور بين الطرفين وقت التعاقد الأصلي ، أي قبل حدوث أي وجه من أوجه النزاع . وصورته عندما يتفق الطرفان مقدماً في ذات العقد أو الالتزام الأصلي، أو في عقد مستقل على حسم كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ هذا العقد بطريق التحكيم . بدون تحديد مواطن النزاع ، وأحياناً بدون ذكر اسماء المحكَّمين [٣] . وعلى ذلك فإن شرط التحكيم هو أمر إحتمالي إذ لا يستبعد عدم نشوء خلاف بين الطرفين عند تنفيذ العقد . أما مشارطة التحكيم فلا تكون إلا عند قيام النزاع بسبب تنفيذ العقد .

وعلى ذلك فالتحكيم يتطلب إتفاق الخصوم على فض نزاع ما، عن طريق التحكيم . وإقرار المشرع بنص خاص على جواز حكم المحكَّمين فيه .

وبعد فالتحكيم عقد رضائي من عقود المعاوضات ، ملزم للجانبين . ويكفي الرضا لانعقاده ، غير أنه لا يثبت إلا بالكتابة (مرافعات م ٢٥٢) .

عقد التحكيم وشروطه :

التحكيم – كما رأينا وكما يفهم من نص المادة **٢٥١** المذكورة من قانون المرافعات . وما يقابلها في التشريعات الأخرى – إما أن يكون قبل قيام النزاع ، وإما أن يكون بعد قيامه .

وشرط التحكيم الجاري قبل حدوث النزاع ، والذي ينص عليه إما في ذات العقد موضوع الإلتزام ، أو في اتفاق مستقل ، يقال له « التحكيم ذو الصيغة العامة » أيضاً . وهو – كما ذكرنا – غير « مشارطة التحكيم » وهي التي يتفق فيها الطرفان بعد وقوع

---

(٣) قمحة والسيد بند ٩٤٤ ص ٧٣٢ ، كامل مرسي – المرجع السابق ص ٥٤١ هامش رقم ٢ ، الدكتور محمد ظاهر معروف – شرط التحكيم – مجلة ديوان التدوين القانوني – س ٦ ع ١ ص ٥٤ . وكل إشارة إلى الدكتور محمد كامل مرسي يقصد بها العقود المسماة ج ١ ط ٢ ، كذلك الإشارة إلى « أبو هيف » يقصد بها هنا إلى كتابة طرق التنفيذ والتحفظ ، ويقصد بالاشارة إلى أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد «التنفيذ علماً وعملا » . بهذا المعنى قرار لمحكمة التمييز رقم ٣٥٥/ هيئة عامة ١٩٧١/١ وتاريخ ١٩٧٢/٥/١٢ (النشرة القضائية س ٣ ع ٢ ص ١٥٨) .

النزاع بينهما بشأن تنفيذ عقد معين ، على إحالته على أشخاص معينين للفصل فيه .

هذا ولم يشترط المشرع العراقي ، ذكر بيان تفصيلي دقيق لموضوع التحكيم في عقده ، على النحو الذي تقول به النظرية القديمة ، بل أنه جرياً على النظرية الحديثة ألغي النص السابق الذي كانت عليه المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات . والذي كان يقضي بوجوب تحديد موضوع النزاع ، تاركاً هذا الأمر لرغبة الطرفين . إن شاءا ذكراه بالتفصيل والتخصيص ، وإن شاءا أطلاقاه بصورة عامة [1] . فإذا جاء شرط التحكيم أو مشارطته بدون تخصيص وبصورة مطلقة فعندئذٍ تشمل كافة المنازعات إبتداء من وقت تنفيذ العقد وتستمر حتى نهايته . وبهذا قضت محكمة التمييز فقالت« إذا كانت موافقة الخصم على إحالة الدعوى على التحكيم غير مقيدة فان التحكيم يشمل كافة الأمور التي قام عليها النزاع ». وجاء في قرار لمحكمة استئناف مصر المختلطة « إذا جاءت مشارطة التحكيم بصورة مطلقة فتشمل جميع المنازعات التي تنشأ بين المتعاقدين ، سواء وقت العمل بالتعاقد أو بعد فسخه » [2] .

أما قانون المرافعات المصري ، وقانون أصول المحاكمات السوري ، فقد أوجبا أن يحدد موضوع النزاع في عقد التحكيم ، أو أثناء المرافعة ، ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلاً (مرافعات مصري م ٥٠١ ، أصول سوري م ٥١٠) كذلك نص قانون أصول المحاكمات اللبناني على أن يتضمن عقد التحكيم تحديد المسألة المتنازع عليها ، وتعيين مقدار أجور المحكمين (الأصول م ٨٢٩) .

والإتفاق على عقد التحكيم ، ينعقد بإيجاب من أحد الطرفين ، وقبول من الطرف الآخر ، غير أنه لا يثبت إلا بالكتابة كما و يجوز أن يثبت هذا الإتفاق عند قيام النزاع وعرضه على القضاء أثناء المرافعة أيضاً ، بأن تذكر شروطه وأحكامه في المحضر (مرافعات م ٢٥٢) [3] . وحينئذٍ يكون قد ثبت كتابة وبشكل رسمي أيضاً .

---

(١) لقد استبعدت عبارة « ويحدد موضوع النزاع » من المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات بموجب التعديل الصادر بالقانون المرقم ١١٦ لسنة ١٩٧٣ .

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٢٨ / استيناف / ١٩٧٠ والمؤرخ ١٩٧١/٣/٢٤ (النشرة القضائية س ٢ ع ١ ص ١٠٠) ، وقرار محكمة إستئناف مصر المختلطة في ١٩١٦/٤/١ (عن قمحة والسيد ص ٧٣٠ هامش رقم ١) .

(٣) هذه المادة تقابلها المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصري ، والمادة ٢٥٢ من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة ٢ فقرة ٢ من قانون التحكيم الأردني ، والمادة ٨٢٩ من قانون الأصول اللبناني ، والمادة ٥٠٩ من قانون الأصول السوري .

وعلى ذلك فالتحكيم يتطلب وجود عقد معين ، جرى الإتفاق بين أطرافه كتابة ، على فض منازعة ما بشأنه ، أو جميع المنازعات التي تتولد عنه ، عند تنفيذه بوساطة محكمين [٤]

أما من الناحية الشكلية لشرط التحكيم ، فليست هناك أية ملاحظة حوله ، أو مشكلة بشأنه ، ذلك أنه من المتفق عليه فقهاً وقضاءاً أن ليس للتحكيم شكل خاص ، أو صيغة معينة ، فللطرفين أن يحررا مشارطتة بأي شكل أرادا ، ولذلك فلا تتقيد بلفظ معين [٥] .

هذا ولما كان التعاقد على التحكيم – كما ذكرنا – يعتبر خروجاً على الأصل في الإلتجاء إلى القضاء العادي ، لذا فيجب عند الأخذ به الحيطة والدقة وعدم التوسع . فإذا إتفق المحتكمون – العاقدون – على التحكيم بشأن تفسير العقد ، فلا يجوز أن ينصرف هذا التحكيم إلى ما ينشأ عن نفاذ العقد من الخلافات والنزاع [٦] .

هذا وقد نشب في فرنسا خلاف بين الفقه والقضاء عما إذا كان يعتبر شرط التحكيم أي التحكيم ضمن العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل على حسم المنازعات التي قد تحصل بشأن تنفيذه عن طريق التحكيم ، عما إذا كان هذا الإتفاق يعتبر صحيحاً أم باطلاً ؟ فقد حكم القضاء بجوازه ، وقال غالبية الفقهاء ببطلانه ، وحجة الفريق الأول إن شرط التحكيم هو وعد يلتزم بمقتضاه الخصوم بعقد مشارطة التحكيم وفقاً لما يتطلبه القانون من شروط لصحتها. وقد بقي القضاء هناك بهذا الإتجاه إلى أن قضت محكمة النقض في ١٩٤٣/٧/١٠ ببطلان شرط التحكيم ، فاستقر القضاء عندهم على الإلتزام به ، فيما عدا الأحوال التي أجاز فيها المشرع قبول هذا الشرط ، كما هو الحال في المادة ٣٣٢ من قانون التجارة الفرنسي ، بشأن عقود التأمين البحري . وكان مما استند إليه قرار محكمة النقض الفرنسية هو أن التحكيم الوارد في المادة ١٠٠٣ من قانون المرافعات وما بعدها ، لم يتعرض لشرط التحكيم وإنما اقتصر على مشارطة التحكيم فقط ، ثم إن شرط التحكيم أمر إحتمالي إذ يحتمل حصول ، أو عدم حصول النزاع في العقد الأصلي ، وأن المادة ١٠٠٦ من القانون المذكور صرحت على أن يبين في مشارطة التحكيم موضوع النزاع وأسماء المحكمين ، وإلا كان التحكيم باطلاً . وفي شرط التحكيم لا يمكن أن يحدد بدقة موضوع الخلاف ، كما وإن الإتفاق على التحكيم هو إستثناء من القاعدة العامة ، فلا يجوز الخروج فيه عن الحدود

---

(٤) أبو هيف – طرق التنفيذ والتحفظ – بند ١٣٦٥ ص ٩١٩ ، كامل مرسي ج ١ بند ٢٨٩ ص ٥٤٥ ، قمحة والسيد – التنفيذ علماً وعملا – بند ٩٣٩ ص ٧٣٠ .

(٥) مرسي ج ١ بند ٢٨٨ ص ٥٤٦ وهامش رقم (١) قرار محكمة مصر الكلية في ١٩٣٢/٦/٧ (الجدول العشري الثاني بند ١٣٠٨ ص ٢٧٠) . عقد التحكيم – أبو الوفا – بند ٨ ص ٢٧ .

(٦) أنظر قرار محكمة مصر الكلية في ١٩٣٠/٣/٩ (الجدول العشري الثاني مرافعات ، بند ١٣٠٢ ص ٢٦٨).

المقررة قانوناً . وهذه الحجج التي ساقتها محكمة النقض الفرنسية لبطلان شرط التحكيم ، هي ذاتها التي قال بها الفقه [٧] .

غير أن هذا الخلاف بالنظر إلى التشريع العراقي ، والتشريعات العربية الأخرى ، أصبح نظرياً ، بعد أن وردت النصوص على جواز التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين (مرافعات م ٢٥١ وما يقابلها في التقنينات الأخرى) .

وينبني على ذلك ، إنه إذا ثبت للمحكمة وجود الإتفاق الكتابي على عقد التحكيم ، أو أقرت هي اتفاق الطرفين عليه أثناء المرافعة ، توجب عليها وقف المرافعة ، واعتبار الدعوى مستأخرة إلى أن يُصدر المحكمون قرارهم في الموضوع الذي إحتكموا إليهم في شأنه (مرافعات م ٢٥٢) [٨] .

وكما تلزم الكتابة لإثبات عقد التحكيم (مرافعات م ٢٥٢) فهي لازمة أيضاً لإثبات كل شرط من شروطه [٩] . ذلك إن ولاية المحكّمين تقتصر على ما انصرفت إليه إرادة المحتكمين ، وهذا يقتضي إثبات التحكيم وكافة شروطه كتابة . ولذلك فقد ورد النص على أن لا سبيل لإثباته بغير الكتابة ، نظراً لأهميته وخطورته وطبيعته الخاصة التي خرج بها عن القواعد العامة في التقاضي ؛ رغبة منه في تفادي النزاع حول إثبات محتويات العقد وشروطه . وثمة فائدة أخرى من وجوب الكتابة ، وهي لكيلا يتجاوز المحكّمون حدود مهمتهم ، أو أن يتطرقوا إلى ما يتفرع عن النزاع [١٠] . ولذلك فلا يقبل الإثبات فيه بالشهادات أو القرائن أو حتى باليمين ، ولو كان موضوع التحكيم في المواد التجارية ، التي يجوز الإثبات فيها بكافة الطرق (تجاري م ١٠٣ ف ٢) .

وعلى ذلك فالكتابة في عقد التحكيم تعتبر – فيما نرى – من أركان عقده ، فإن لم توجد فالتحكيم باطل (مرافعات م ٢٧٣ فقرة ١) [١١] .

وقد يفهم من نص المادة ٨٢٩ من الأصول اللبنانية الذي يقول « لا يجوز إثبات

---

(٧) الدكتور محمد ظاهر معروف (مجلة ديوان التدوين س ٦ ع ١ ص ٥٤) ، عقد التحكيم – أبو الوفا – بند ٧ ص ٢٢ ، وكارسونيه ج ٨ بند ٣٠٣٥ وبند ٣٠٣٦ .

(٨) بهذا المآل المادة ٦ من قانون التحكيم الأردني . وقرار التمييز المرقم ١٥٩/م٣/١٩٧٣ في ١٩٧٤/٣/١٧

(٩) محمد كامل مرسي ج ١ بند ٢٨٩ ص ٥٤٦ والهامش رقم ٢ .

(١٠) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القائم، قمحة والسيد بند ٩٤٤ ص٧٣٠، أبو هيف بند ٣٦٥ ص ٩١٩ ، مرسي بند ٢٨٩ ص ٥٤٦ .

(١١) تقابلها المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصري ، والمادة ٢٥١ من قانون المرافعات الكويتي، والمادة ٨٢٩ من قانون الأصول اللبناني، والمادة (٢) من قانون التحكيم الأردني ، والمادة ٥١٠ من الأصول السوري .

التحكيم بالشهود ولا بالقرائن » أنه يجوز إثباته بالإقرار عن طريق الإستجواب أو اليمين غير أننا لم نعثر على ما يؤيد هذا القول ، أو ينفيه في الفقه أو القضاء اللبنانيين .

وإذا وجد الإتفاق على التحكيم ، أي شرط التحكيم أو مشارطته ، أصبح ملزماً للطرفين ، ويمتنع عليهما طرح النزاع على المحكمة للفصل في نزاعهم ، إلا إذا استُنفدت جميع إجراءات التحكيم المشروعة والمقررة قانوناً [١٢] (مرافعات م٢٥٣ ف١) [١٣] .

على أن ذلك لا يكون حائلاً من إلتجاء الطرفين الى المحكمةلاتخاذ بعض الإجراءات الضروريةأو العاجلة ، كما لو اقتضى تعيينحارس قضائي لإستغلال بعض الأموال ،وإيداع ما يتحصل منها في صندوق المحكمة ، حتى يتم فصل المحكمين في النزاع [١٤] . أو لتعيين محكم إذا لم يتفق الخصوم على تعيينه مقدماً ، أو قام مانع من مباشرته ، أو اعتزل أو عزل عنه (مرافعات م ٢٥٦ ف ١) .

هذا وقد كان موضوع رفع النزاع المتفق على التحكيم فيه إلى المحاكم موضع جدل من الشراح ، فقال فريق إن هذا الإتفاق يجعل الدعوى غير مقبولة أمام المحاكم ، أو غير مختصة بنظرها ، وقال آخرون إن هذا الإتفاق لا يحول دون نظر النزاع أمام المحاكم باعتبارها صاحبة الولاية العامة ، غير أن المشرع العراقي في قانون مرافعاته الجديد ، قد اختط في هذا الشأن طريقاً وسطاً ، فقال بإعمال إرادة الطرفين ، حتى إذا رفع النزاع إلى المحاكم من أحدهما غير معتد بشرط التحكيم ، حق للطرف الآخر أن يعترض على نظر المحكمة للدعوى في أول جلسة ، متمسكاً بعقد التحكيم أو شروطه ، فإن فعل ذلك وجب على المحكمة أن تحقق في مشروعية الإتفاق وصحته قانوناً ، وتقوم بتعيين المحكمين إن لم يكن قد اختارهما الطرفان ، أو أن تقرّ اختيار الخصوم لهم ، ثم تقرر اعتبار الدعوى مستأخرة ، حتى يستنفد التحكيم أغراضه ، ويقدم المحكمون قرارهم . أما إذا لم يعترض الخصم على طرح النزاع على المحكمة ، أو اعترض على ذلك بعد الجلسة الأولى . فيعتبر ذلك منه رضا بنظر الدعوى أمام المحاكم ، صاحبة الولاية العامة وتنازلاً ضمنياً عن شرط التحكيم ، وعندئذٍ لا يعتد بالتحكيم ، ويطرح جانباً وتمضي المحكمة في نظر الدعوى — شأن غيرها من الدعاوي — وعندئذٍ يعتبر شرط التحكيم لاغياً وكأن لم يكن

---

(١٢) كامل مرسي بند ٢٧٦ ص ٥٤٣ .

(١٣) تقابلها المادة ٤ من قانون التحكيم الأردني . والمادة ١٨٤٨ من المجلة .

(١٤) مرسي ج ١ بند ٢٨٦ ص ٥٤٣ .

(مرافعات م ٢٥٣ ف ٢). على أن هذا لا يمنع الطرفين من أن يتفقا بعد ذلك على العودة إلى التحكيم [١٥] .

هذا كله في حالة وجود اتفاق على التحكيم قبل حدوث النزاع ، أي وجود شرط التحكيم تبعاً لذات العقد أو بصورة مستقلة .

أما لو وقع النزاع ، ورفعت الدعوى ، وأثناء النظر فيها جرى الإتفاق على التحكيم ، فإن لم ينظم الطرفان عقداً خاصاً به أي مشارطة له فيكفي لثبوته أن يدون الإتفاق في محضر الجلسة وعندئذٍ يتعين على المحكمة أن تقرّ الإتفاق ما دام أصبح ثابتاً بشكل رسمي أمام المحكمة وتقرر اعتبـــار الدعوى مستأخرة حتى يصدر المحكمون قرارهم (مرافعات م ٢٥٢) .

أما إذا لم يتفق الطرفان على اختيار محكمين ، أو إتفقوا وإعتذر بعضهم أو كلهم عن القيام بالمهمة فتقوم المحكمة هي بتعيينهم ، ويعتبر قرارها في هذا الشأن قطعياً (يقصد نهائياً) . أما قرارها برفض تعيين المحكمين فيجوز الطعن فيه تمييزاً (مرافعات م ٢/٢٥٦) .

والطلب الذي يقدمه الطرفان إلى المحكمة بشأن التحكيم ، إما أن يكون قاصراً على تعيين المحكمين ؛ وفي هذه الحالة يكون قرارها بتعيين المحكمين إنجازاً للدعوى ، أي إن الأمر ينتهي عند هذا الحد ويكون قد تم البت في الدعوى ، حتى إذا ما أكمل المحكمون عملهم فيجب عندئذ أن ترفع دعوى جديدة وبرسوم جديدة ، يطلب فيها المصادقة على قرار التحكيم أو إبطاله ،أو الحكم على ضوء ما تضمنه القرار (مرافعات م ٢٥٦ و ٢٦٤).

أما إذا تجاوزت عريضة الطلب ذلك ، وتضمنت مقدماً فيما تضمنته بالإضافة إلى تعيين المحكمين المصادقة على قرار التحكيم ، أو الحكم على هداه ، فإن الدعوى حينئذ تتسع للنظر في باقي الطلبات التي اشتملت عليها العريضة ، ويكون متعيناً على المحكمة ؛ بعد أن تقرر تعيين المحكمين ، أن تقرر في الوقت ذاته إعتبار الدعوى مستأخرة ؛ حتى يصدر المحكمون قرارهم ؛ وحينذاك وفي كلتا الحالتين يكون لها ــ حسب مقتضى الحال ــ إما أن تصدق القرار ، أو أن تبطله ، أو تعيده إليهم لاستكمال بعض النواقص ، أو تستدعيهم لتوضيح ما إلتبس منه على النحو الذي يتراءى لها من طبيعة الدعوى وظروفها [١٦] (مرافعات م ٢٦٤) .

---

(١٥) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القائم . أنظر أيضاً « شرط التحكيم في العقود المدنية والتجارية ـ محمود كامل المحامي » مجلة القضاء س ١٩ ع ٣ و ٤ ص ٥٤٠ . وبهذا المعنى قرار لمحكمة التمييز برقم ١٣٠٠ هيئة عامة ١٩٧٣/١ وتاريخ ١٩٧٣/١٢/٢٢ (النشرة القضائية س ٤ ع ٤ ص ٢٧٢) والقرار الرقم ٦٢٣م١٩٧٣/٢ وتاريخ ١٩٧٣/٢/٢١ (النشرة س ٥ ع ١ ص ٢٨٢) .

(١٦) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات العراقي المشار اليها .

وتنص المادة ٨٢٥ من قانون الأصول اللبناني « إن الفقرة التحكيمية تجيز لكل فريق من المتعاقدين إنذار الفريق الآخر بوجوب عقد إتفاق تحكيمي يقضي بعرض أية مشكلة نشأت عن العقد إلى هيئة تحكيمية » .

وتنص الفقرة الثالثة من المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصري والمادة ٥١٠ من قانون الأصول السوري ، والمادة ٨٢٩ من قانون الأصول اللبناني – كما أشرنا – على وجوب تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم ، أو أثناء المرافعة ، وإلا كان التحكيم باطلاً ؛ وقد كان نص المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات العراقي يتضمن على أن يحدد في اتفاق التحكيم الكتابي موضوع النزاع ، غير أن هذا النص – كما ذكرنا – قد استبعد في التعديل الجاري عليه بالقانون المرقم ١١٦ لسنة ١٩٧٣ ، ولم يعد تحديد موضوع النزاع شرطاً لعقد التحكيم أو مشارطته . كذلك لم يرد نص على ذلك في قانون المرافعات الكويتي ، أو قانون التحكيم الأردني .

التنازل عن التحكيم :

لما كان التحكيم عقداً ، لذلك فلا يملك أحد طرفيه نقضه أو فسخه بمفرده . غير أنه لما كان التحكيم في الأساس قد شرع بصورة استثنائية ، إذ القضاء الذي نصبته الدولة هو المرجع الأصلي لفض النزاعات . لذلك فلا يشترط فيه التنازل الصريح ، وإنما يكفي فيه التنازل الضمني ، وعليه فلو طرح أحد الطرفين عقد التحكيم جانباً ، واتجه بنزاعه إلى القضاء ، فلخصمه الآخر أن يقدم اعتراضه على ذلك لدى المحكمة المرفوعة إليها الدعوى في أول جلسة ، وإلا فيعتبر ذلك منه تنازلاً عن شرط التحكيم ، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات فقالت « إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى غير معتد بشرط التحكيم ، ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى ، أعتبر ذلك منه تنازلاً عن شرط التحكيم » . وهذا الأمر وإن لم يصرح به في كثير من التقنينات ، غير أنه مما استقر عليه الفقه والقضاء الأخذ بالتنازل الضمني ، فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف مصر المختلطة « إذا رفعت الدعوى على شركة التأمين أمام المحاكم ، وكانت بوليصة التأمين تتضمن شرط التحكيم ، غير أنها لم تدفع بهذا الشرط إلا في مذكرتها التي أودعت للمحكمة بعد قفل – ختام – المرافعة أمام محكمة الدرجة الأولى ، فإن هذا التواني يعني تنازلاً ضمنياً عن هذا الشرط »[1] .

وسؤال آخر ، وهو هل يجوز تعليق التحكيم على شرط معين ؟ الذي قضي به في مصر

(١) محكمة إستئناف مصر المختلطة في ١٩٣٠/٤/٦ عن مقال الأستاذ محمود كامل المحامي من مصر (مجلة القضاء س ١٩ ص ٥٣٩ الى ٥٤٥) ، وفي هذا المقال القيم أمثلة عديدة عن هذا التنازل يحسن الرجوع اليه لمن أراد الإستزادة . وبهذا المعنى قرار محكمة التمييز المرقم ١١٧/م١/١٩٧٢ والمؤرخ (النشرة القضائية س ٣ ع ٢ ص ١٦٢) .

« إذا كان تطبيق شرط التحكيم معلقاً على شرط جائز قانوناً ، كأن يشترط بأن يدفع مقدماً ثمن البضاعة المبيعة قبل عرض النزاع على المحكمين ، فإن الطرف الذي لم يقم بهذا الشرط ليس له أن يتمسك بشرط التحكيم »[1] .

التحكيم بقانون أو عرف أجنبي :

كذلك جرى البحث عما إذا كان يجوز الإتفاق على التحكيم وفق قانون أو عرف أجنبي ؟ أما القانون العراقي فساكت عن هذه الجهة ، غير أنني أرى أنه لا مانع من ذلك إذا كانت أحكام القانون الأجنبي ، أو عرفه لا تخالف النظام العام أو الآداب في العراق ، وفقاً للمادة ٣٢ من القانون المدني التي تقول « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق » .

وعليه وبطريق المفهوم المخالف ، يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت هذه الأحكام لا تخالف النظام العام أو الآداب في العراق .

وكما سكت المشرع العراقي عن هذا الأمر سكتت أيضاً قوانين : مصر وسوريا ، والأردن ، والكويت . كما لم يرد نص في التشريع الفرنسي عن ذلك، غير أن محكمة السين قررت «إن شرط حسم النزاع بطريق التحكيم إذا أجازه قانون أجنبي يجب أن يعمل به في فرانسا ، ما دام هذا الشرط يعبر عن إرادة العاقدين ، وبأن حكم المحكمين الصادر في بلاد أجنبية ليس من أعمال السلطة القومية ، وإنما هو نتيجة عقد حاصل بين شخصين على حسم النزاع بينهما بطريق التحكيم بمحض رضاهما واختيارهما . ولكن هذا الحكم لا يكون واجب التنفيذ في فرانسا إلا تحت شرط أن يكون حكم المحكمين قد صدر مستوفي الشكل ، ولا يكون متضمناً شيئاً مخالفاً للنظام العام في فرانسا »[2] .

ولكن هل يجوز أن يجرى التحكيم في بلد أجنبي ؟ ليس هناك نص عراقي صريح في هذا الشأن أيضاً، غير أنني أرى، أن ليس هناك ما يمنع ذلك، على شرط ألا يكون موضوع التحكيم أو إجراءاته ، أو القرار الصادر فيه مما يشكل مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق . وفوق ذلك يجب أن يطبق على حكم المحكمين الأحكام المقررة لتنفيذ الأحكام الأجنبية . وجاء في المذكرة الإيضاحية المصرية حول المادة ٨٤١ من

---

(١) إستئناف مصر المختلط في ١٩٢٧/١٢/٢١ (مجلة التشريع والقضاء س ٤٠ ص ٩٧) . أنظر أيضاً عقد التحكيم – أبو الوفا – ص ٢٧ والهامش رقم (١).

(٢) محكمة السين (فرانسا) في ١٩٢٦/٢/٢ (مجلة المحاماة المصرية س ٧ بند ٢٢٠ ص ٢٨١) ، وقد أشار اليه الدكتور محمد كامل مرسي في المرجع السابق ص ٥٤٢ (الهامش) .

قانون المرافعات السابق التي تنص « يجب أن يصدر حكم المحكمين في مصر ، وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة للأحكام الصادرة في بلد أجنبي » فقالت المذكرة في هذا الصدد « فمتى صدر حكم المحكمين في بلد أجنبي الحق بالأحكام الأجنبية »[1].

وجاء في قرار لمحكمة النقض في هذا الصدد أيضاً « إن المشرع لا يرى في الإتفاق على محكمين يقيمون في الخارج ويصدرون أحكامهم هناك ما يمس النظام العام »[2].

وعليه فحكم المحكمين ، سواء أصدر في بلد أجنبي ، أم وفق قانون أو عرف أجنبي لا يعتبر باطلاً ما دام لا يصطدم بالنظام العام والآداب ، ولا يناقض القانون الوطني .

فوائد التحكيم ومضاره :

التحكيم ـ كما قلنا ـ طريق إستثنائية من القاعدة الأساسية للتقاضي ؛ ذلك إن المحاكم الإعتيادية هي المرجع الأصلي لحسم جميع المنازعات ، فاعتماد المتعاقدين على إحالة الخلافات التي نشأت أو التي قد تنشأ فيما بينهم ، على شخص أو أكثر للفصل فيها ؛ خروج على ذلك الأصل .

وسبب الإلتجاء إلى هذه الطريقة الإستثنائية التي أقرتها الشريعة الإسلامية ، وأخذت بها القوانين الوضعية ، هو ما ينطوي عليه التحكيم من تبسيط في الإجراءات ؛ لا تتوافر في أصول المرافعات أمام القضاء ، الحافلة بالشكليات ، وبذلك يتيسر للطرفين حسم النزاع في وقت أقصر ، ونفقات أقل ، بسبب تفرغ المحكمين عادة للفصل في نزاع واحد ، كما وإن نفقات التحكيم زهيدة لا تكاد تذكر بجانب ما تتطلبه إقامة الدعوى لدى المحاكم من رسوم قضائية ، وأتعاب محاماة ، وأجور خبراء ، ونفقات إنتقال واستحضار شهود إلى غير ذلك[3]. ومن فوائده أيضاً وضع حد لشطط الخصومة واللدد فيها ، وتلافي الأحقاد ، إذ إن حسم النزاع بطريقة التحكيم يكون عادة بعد التراضي ، وعن طيبة خاطر ، وبمعرفة أشخاص وضع الطرفان فيهم ثقتهما ، واطمئنا إلى عدلهم وحيادهم ؛ بخلاف ما لو صدر الحكم عن المحاكم رغماً على الطرف الآخر ، مما يولد الضغينة ويسبب

---

(١) محمد كامل مرسي ـ المرجع السابق ـ وبما يماثل هذا النص المصري ، المادة ٥٢٨ من قانون أصول المحاكمات السوري ، والمادة ٨٤٩ من قانون الأصول اللبناني .

(٢) القرار المرقم ١٩٥٦/٤/١٢ (مجموعة القواعد القانونية ، المكتب الفني ، ج ٣ ، مدني ، تحكيم بند ٢ ص ٢١٨) .

(٣) بهذا المآل المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القائم .

سيدة العداء وتفاقم البغضاء [1] :

على أن التحكيم لا يخلو من مضار . لأن الخصوم أودعوا أمر التصرف في حقوقهم إلى محكمين في غير حدود . وبذلك يتعذر عليهم معرفة ما يمكن أن يحكم به المحكمون ، وعلى ذلك فهو أشد خطراً من الصلح ، الذي يكون التجاوز فيه مقدراً لدى المصالح من قبل ، وعلى علم مقدماً بقيمة ما قد يتنازل عنه . بالإضافة إلى تلافي علانية جلسات القضاء وما يتولد عنها من إشكالات وملابسات [2] .

على أنه من الناحية العملية ، فقد ثبت إن الغاية المرجوة من التحكيم قد انعكست الآية فيها ، فقد أصبح التحكيم من أشدّ الأمور تعقيداً . وأقساها وطأة على النفس ، وأكثرها إستنزافاً للمال والوقت . بل إنه سبب من المشاكل النفسية والمالية ما يهون بجانبها سلوك التقاضي أمام المحاكم المدنية فقد أثبت الواقع إنه لا تكاد تخلو حالة تحكيم من اللجوء إلى القضاء . إما للطعن في صحة التحكيم ، أو في حكم المحكمين ، أو بخصوص تعيينهم في الأحوال التي لم يتفق فيها الخصوم على إختيارهم ، أو في الحالات الأخرى التي يعتذر فيها أحد المحكمين عن المهمة ، أو لا يتم فيها عمله ويقتضي تعيين محكم بدله ، أو عند اختلاف المحكمين أو تراخيهم وتباطؤهم ، أو في صورة إختيارهم ، لهذا فقد أصبحت طريقة التحكيم هذه سبباً في تكثير القضايا أمام المحاكم ، أو اشتداد المخاصمات بين أطراف النزاع ، لا — كما قيل — الإختصار في الوقت ، والإقتصاد في نفقات [3] .

على أنه مما يجب التنبيه عليه هو ان التحكيم لا يعني تنازل الطرفين عن حماية القانون بالتجائهم إلى القضاء . ذلك ان الإلتجاء إلى المحاكم العامة من الحقوق المقدسة التي لا يصح التنازل عنها ، فالتحكيم لا يقصد به النزول عن حماية القانون ، وعدم اللجوء إلى القضاء ، وإنما هو مجرد إحالة النزاع إلى المحكّم بدلاً من المحكمة ، وعلى ذلك فإذا لم ينفّذ عقد

(١) قمحة والسيد بند ٩٤١ ص ٧٣١ ، أبو هيف بند ١٣٦٦ ص ٩١٩ ، مرسي بند ٢٨٧ ص ٥٤٥ .

(٢) أنظر المراجع السابقة . أنظر أيضاً عقد التحكيم وإجراءاته — أحمد الوفا — ط ٢ بند ١ ص ١٦ .
على أن عقد الصلح ، وان كان يقتضي عادة أن يتنازل كل طرف عن جزء من ادعائه ، غير أن المشرع العراقي لم يورد لذلك نصاً صريحاً ، في حين أن تقنينات مصر (مدني م ٥٤٩) وسوريا (مدني م ٥١٧) وليبيا (مدني م ٥٥٦) ولبنان (موجبات م ١٠٣٥) قد صرحت بذلك ، والظاهر إن النص العراقي مأخوذ عن المجلة (م١٥٣١) ، ومرشد الحيران (م ١٠٢٦) ، الذي لم يرد فيهما نص يشابه نصوص التقنينات العربية هذه .

(٣) كارسونيه ج ٨ بند ٣٠٩٦ ، أبو هيف — طرق التنفيذ والتحفظ ص ٩١٨ (الهامش) .

التحكيم لأي سبب كان ، فعندئذٍ تعود إلى المحكمة سلطتها بالحكم في موضوع النزاع[1]
بل إن المشرع العراقي – كما ذكرنا – قَبِلَ إلتجاء أحد الطرفين العاقدين إلى المحاكم غير معتد بشرط التحكيم، غير أنه – كما ذكرنا أيضاً – أعطى للطرف الآخر حق التمسك بعقد التحكيم والإعتراض على نظر المحكمة للدعوى في أول جلسة (مرافعات م ٢٥٦و٢٥٣).

كما وان حكم المحكمين لا ينفذ إلا إذا صادقت عليه المحكمة ، بعد أن تكون قد دققت في إجراءات المحكمين ، وفي حكمهم ، وعما إذا كان موافقاً لأحكام القانون ، ولم يُشْبه سبب من أسباب البطلان الواردة في المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات (مرافعات م ٢٧٢ ف ٢ ، والمجلة م ١٨٤٨) .

أهلية المحتكمين :

لا يصح إجراء التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف المطلق في حقوقه (مرافعات م ٢٥٤) وعلى ذلك فلا يملك التعاقد على التحكيم الصبي أو المحجور لجنة أو عته أو سفه، أو من كان محروماً من الحقوق المدنية لارتكابه جريمة عادية، أو كان مفلساً لم يرد له اعتباره (مرافعات م ٢٥٥)[2] . كما لا يملك الولي أو الوصي أو القيم أو أمين التفليسة – السنديك – قبول التحكيم نيابة عنهم ، إذ ليس لهؤلاء التصرف في أموال من هم تحت ولايتهم إلا بإذن المحكمة . وقد جاء في الفرع (٣) من الفقرة (ز) من المادة ٢٢ من قانون إدارة أموال القاصرين رقم ٤٧ لسنة ١٩٦٩ المعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٧١ « لا يجوز للأولياء والأوصياء المختارين الصلح أو التحكيم إلا بإذن من المحكمة المختصة، إلا فيما قل عن مائة دينار لكل قاصر مما يتصل بأعمال الإدارة » .

كذلك لا يجوز للوكيل التعاقد على التحكيم إلا بتوكيل خاص على إعتبار أن فيه إحتمال لحوق حيف بالموكل لا يمكن تلافيه[3] . كذلك الحال بالنسبة إلى مدير الشركة أو رئيسها فيما يتعلق بشركته (مرافعات م ٥٢ مدني م ٩٣٣) . غير أنه

---

(١) أنظر عقد التحكيم وإجراءاته – أبو الوفاء – بند ٢ ص ١٦ – ١٧ .

(٢) تقابلها المادة ٥٠٢ من قانون المرافعات المصري، والمادة ٨٢٨ من قانون الأصول اللبناني ، والمادة ٢٥٦ من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة ٨ من قانون التحكيم الأردني والمادتان ٥٠٧ و٥٠٨ من قانون الأصول السوري .

(٣) أبو هيف – طرق التنفيذ والتحفظ – بند ١٣٦٦ ص ٩٢٠ ، قمحة والسيد – التنفيذ علماً وعملا – بند ٩٤٣ ص ٧٣٢ ، كامل مرسي – العقود المسماة – ج ١ ط ٢ بند ٢٩٠ ص ٥٤٦ ، أبو الوفا – التحكيم : بند ٢٧ ص ٦٩ ، كارسونيه ج ٨ بند ٢٣٥ . بهذا المعنى قرار محكمة التميز رقم ١٦٠ / هيئة عامة / ١٩٧٣ ١٩٧٣/٨/١١ (النشرة القضائية س ٤ ع ٣ ص ٢٦٥) .

قضي في مصر « بأن لرئيس شركة التوصية أن يتفق على التحكيم في كل المسائل الموكول إليه أمر ادارتها »[١] .

وعلى ذلك فإن التحكيم وجميع إجراءاته الجارية ممن لا أهلية له تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، لتعلقها بالنظام العام ، ويستتبع ذلك أنه يجوز للمحكمة إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصمين ، أن تحكم ببطلانه وبعدم الإعتداد به ، وبعبارة أخرى إن هذا الحق مقرر للمحكمة ، ولكلا الخصمين ، فكما يجوز لفاقد الأهلية التمسك ببطلان التحكيم يجوز التمسك به أيضاً من قبل خصمه الآخر حتى لا يجبر على موالاة إجراءات خصومة معرضة للبطلان ، فتضار مصلحته ببطلان الحكم الصادر فيها ، وحتى لا تتخذ إجراءات مصيرها الزوال[٢] .

وبطلان إجراءات الخصومة لعدم الأهلية هو بطلان متجدد يلحق بالخصومة في جميع مراحل الدعوى[٣] .

غير أن محكمة النقض المصرية قررت « التحكيم هو مشارطة بين متعاقدين ، أي إتفاق على إلتزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين ، وبطلان المشارطات لعدم الأهلية ، هو بطلان نسبي إلى عديم الأهلية فلا يحق لذي الأهلية التمسك به »[٤] .

غير أنه إذا بلغ القاصر سن الرشد ، ولم يتمسك بالبطلان صراحة أو ضمنا ، كما لو أجاب بما يفيد موافقته على التحكيم ، أو ناقش موضوعه ، فحينئذ يسقط حق التمسك بالبطلان ، فلا يملك عندئذ كلا الخصمين الإحتجاج بالبطلان ، كما يمتنع على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها[٤أ] .

أما بالنسبة إلى الورثة ، ففي الأمر خلاف ، فقد قيل إن التحكيم لا يلزم القاصر من ورثة الطرفين ؛ وقيل ان الوارث خلف عام لمورثه يخلفه في جميع ما له وما عليه ، ولذلك فيسري عقد التحكيم على كافة الورثة ، سواء البالغين منهم أو القاصرين[٥] ،

---

(١) استئناف مختلط في ١٩١٣/٣/٢٠ (الكازيت س ٣ ص ١٣٥)، أبو هيف – المرجع السابق – ص ٩١٩١ هارمش رقم ٣.

(٢ و ٣) عقد التحكيم – أبو الوفا بند ٢١ ص ٥٦ – ٥٨ ، المرافعات – لنفس المؤلف – ط ٣ بند ٣٥٧ ص ٤٠٩ – ٤١٠ .

(٤و٤أ) القرار المؤرخ ١٩٤٨/١١/١٨ (مجموعة القواعد القانونية ج ١ ، المكتب الفني – مدني ، تحكيم بند ٢ ص ٣٩٧) . أبو الوفا – عقد التحكيم – بند ٢١ ص ٥٧ والهامش رقم (٢) .

(٥) بالرأي الأول محكمة النقض الفرنسية (العرائض في ١٨٣٩/١/٢٨ – سيري س ١٨٣٩ – ١ – ١١٣) . ومحكمة إكس في ١٩٤٩/٣/١٦ (دالوز س ١٩٤٩ بند ٨) ، وبالرأي الثاني محكمة ليون في ١٩٤٤/٤/٢٥ (مشار اليه في مقال الدكتور محمد ظاهر معروف الآنف الذكر ص ٦٩) . وتقابل المادة العراقية المادة ٥١٧ من قانون المرافعات السوري .

وبهذا أخذ قانون المرافعات السابق (م ١٤٥ ف ١) وقانون المرافعات القائم ، فقد جاءا في المادة ٢٥٩ منه « .. ولا ينقضي التحكيم بموت أحد الخصوم » . أما النص الوارد في الفقرة (٣) من المادة ٢٦٢ والذي يقول « في حالة وفاة أحد الخصوم ، أو عزل المحكم ، أو تقديم طلب برده ، يمتد الميعاد المحدد لإصدار قرار التحكيم إلى المدة التي يزول فيها هذا المانع » . فالذي أراه إن زوال المانع المقصود بهذه الفقرة بالنسبة لموت أحد الخصوم ، هو صدور القسام الخاص بانحصار ورثة المتوفى ، وإذا وجد بينهم قاصر فان لم يكن له وصي مجبر أو وصي منصوب من قبل المتوفى ، فيمتد الأجل إلى حين تعيين وصي أو قيم عليه من قبل المحكمة المختصة لغرض تبليغ الورثة أو من يقوم مقامهم .

هذا وقد كان المشرع المصري في قانون مرافعاته السابق متأسياً بالمشرع الفرنسي (مرافعات م ١٠٢٣) ، ينص في المادة ٨٣٠ على إنقضاء التحكيم إذا توفي أحد الخصوم وترك من بين ورثته قاصراً . وقياساً على ذلك ينقضي التحكيم أيضاً إذا ترك المتوفى من هو في حكم القاصر — المجنون والمعتوه والسفيه — أو كان هو قد فقد أهليته بواحدة من أسباب فقد الأهلية كالجنة والعته والسفه ، والنص المصري هذا كان موضع نقد الشراح[2] ولذلك فقد جاء قانون مرافعاته القائم بنص فاسخ له ، فقرر في المادة ٥٠٤ تنقطع الخصومة أمام المحكمة إذا قام سبب من أسباب إنقطاع الخصومة المقررة في هذا القانون . على النحو الذي جاء في مادة المرافعات العراقي سالفة الذكر .

من ذلك يتضح إن لعقد التحكيم سمات خاصة ، فالقاعدة العامة للعقود تقضي إن العقد بعد إنشائه تبقى الإلتزامات والحقوق التي أتفق عليها الطرفان قائمة ، ولا تتأثر بوفاة المتعاقدين ، أو فقده الأهلية فيما بعد . أما التحكيم فله حكم آخر ، فاذا توفي المحتكم — المتعاقد — قبل صدور حكم المحكَّمين ، وكان بين ورثته قاصراً ، أو فقد المحتكم العاقد أهليته ، فيقف سريان الميعاد المحدد لإصدار قرار الحكَم إلى المدة التي يزول فيها المانع [1] . (مرافعات م ٢٦٢ ف ٣) .

أما إذا توفي المتعاقد قبل تعيين الحَكَم ، فلا ينفذ عقد التحكيم إلا باتفاق جديد على شخص الحَكَم . كما يرى الاستاذ أبو الوفا [2] . أما نحن فنرى ان الحكْم يبقى واحداً عند موت أحد الخصمين ، سواء أحصلت الوفاة قبل تعيين المحكَّم أم بعده ، إذ إن عقد

---

(١) أبو الوفا — عقد التحكيم — ص ٥٦٣ والهامش رقم (٢) .

(٢) أبو الوفا — تعليق على قانون المرافعات — حول المادة ٥٠٤ ص ٩٤٥ . وعقد التحكيم ص ٦٤ .

التحكيم – كما هو نص الفقرة إلا خيرة من الماة ٢٥٩ آنفة الذكر – لا ينقض بموت أحد الخصوم . فاذا لم يتفق الطرفان على الحكَم فبطلب من أحدهما عينته المحكمة (م٢٥٦/١) .

أوجه الشبه والإختلاف بين التحكيم من جهة وبين الخبرة والصلح والوكالة من جهة أخرى :

التحكيم يشبه كلاً من الخبرة والصلح والوكالة من ناحية ، غير انه يختلف عنها من نواحي أخرى على النحو الذي سنذكره فيما يلي : –

١ – أوجه الشبه والإختلاف بين التحكيم والخبرة : –

التحكيم والخبرة يشتركان في أن كلاً منهما يقتضي إستعانة الخصوم بأشخاص آخرين ، لإبداء الرأي في الموضوع المتنازع فيه ، غير أنهما يختلفان في ان المحكَّم في عقد التحكيم يقوم بمهمة القضاء ، أي إنه يصدر حكْماً يحسم النزاع الحاصل بين أطرافه ، وعلى ذلك فشأنه شأن الحاكم أو القاضي في أنه يفرض رأيه على الخصوم فرضاً ، في حين إن مهمة الخبير محصورة في إبداء الرأي فقط فيما يُعرض عليه ، كما وإن رأيه غير ملزم للطرفين أو للمحكمة [١] .

ويختلف التحكيم عن الخبرة أيضاً في أن التحكيم يتقيد بالإجراءات والمواعيد المقررة في باب التحكيم . أما الخبير فأنه يكتب تقريراً ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في باب الإثبات وفي فصل الخبرة (مرافعات م ١٢٦ ف ٣) .

هذا ويصعب أحياناً تحديد المقصود من المهمة الملقاة على عاتق الشخص ، فيما إذا كانت خبرة أم تحكيماً ، وللتغلب على هذه الصعوبة يجب الإلتفات إلى الألفاظ التي صيغت بها ، فاذا إتفق أطراف النزاع على أن يقوم شخص بتقدير أضرار ، أو بدل إيجار عقار ، فحقيقة هذا الأمر خبرة، ولو وصفه الخصوم في إتفاقهم على أنه تحكيماً . وعلى العكس من ذلك فلو أتفق الخصوم على أن يلتزموا بالرأي الذي يدلي به الشخص الذي أتفقوا على تعيينه بشأن النزاع القائم بينهم ، فالأمر يكون تحكيماً ، ولو عبّر عنه الخصوم بأنه خبرة [٢] .

---

(١) بهذا المعنى حكم لمحكمة إستئناف بار يس في ١٩٠٣/١١/١٧ (دالوز ١٩٠٥ رقم ٢ ص ٣٠) .
(٢) الفريد برنار بند ٢٠ و ٢٣ والأحكام المشار اليها في كلا البندين . أنظر وبهذا المعنى حكم لمحكمة السين الفرنسية في ١٩٥٦/٢/٨ (دالوز س ١٩٥٧ قسم١ ص ٢٨). والنقض الفرنسي في ١٨٧٩/٦/٢٥=

٢ ـ أوجه الشبه والإختلاف بين التحكيم والصلح :

في كل من عقدي التحكيم والصلح يتفق الطرفان على حسم نزاعهما بالتراضي (مرافعات م ٢٥١ . مدني م ٦٩٨) ، كما وإن كل أمر يجوز فيه الصلح يصح فيه التحكيم (مرافعات م ٢٥٤) . غير ان التحكيم يختلف عن الصلح في أن الصلح يتم بين الخصوم أنفسهم أو بين من يمثلونهم (مدني م ٦٩٨) . وفي الغالب يتنزل كل طرف على وجه التقابل عن جزء من إدعائه[٣] . بينما يقوم الحَكَم بمهمة القضاء أي إنه يصدر حكماً يفصل في النزاع الحاصل بين أطرافه . ومما ينبني على ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية ، من أنه يعتبر تحكيماً لا صلحاً اتفاق الخصوم على طرح نزاعهم على شخص يقوم بالفصل فيما بينهم ، ولو إشترطوا أن يكتب قراره في صورة اتفاق[٤] . كذلك قضت محكمة بروكسل التجارية من أنه يعد صلحاً لا تحكيماً نزول جميع الخصوم أنفسهم عن بعض ما يدعونه ، مع تكليف خبير بتقدير تعويض على ما اتفقوا هم على تحديده تحديداً كافياً ودقيقاً[٥] .

ثم إن عقد الصلح لا يكون قابلاً للتنفيذ في ذاته إلا إذا جرى أمام المحكمة وكان تنفيذه ممكناً (مدني م ٧٢١) . أما التحكيم فيقبل التنفيذ بعد مصادقة المحكمة عليه (مرافعات م ٢٧٢ ف ١) .

٣ ـ أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والوكالة :

في كل من عقدي التحكيم والوكالة يفوّض الخصم شخصاً آخر ليقوم مقامه في تصرف جائز قانوناً (مدني م ٩٢٧ ، مرافعات م ٢٥١ وم ٢٥٦) ؛ غير أن التحكيم يختلف عن الوكالة في أن الوكيل يستمد صلاحياته من موكله ، كما يجوز له التخلي عما وكل به متى شاء ، ولا يسري في حق الموكل ما هو خارج عن حدود وكالته (مدني م ٩٣٣ وم ٩٤٧

= (دالوز س ١٨٨٠ قسم ١ ص ١٠٦) و ١٨٨٨/٣/٧ دالوز س ١٨٨٩ بند ١ ص ٣٢). أبو الوفاء – التحكيم – ص ٣٠ .

(٣) لم يرد في المادة ٦٩٨ مدني عراقي عن نزول كل من الطرفين عن جزء من ادعائه كما هو نص المادة ٢٠٤٤ مدني فرنسي والنص المصري (مدني ٥٤٩٢) والسوري (مدني م ٥١٧) والمادة١٠٣٥ من قانون الموجبات اللبناني ، والليبي (مدني م ٥٥٦) . والنص العراقي مستقى من المادة ١٥٢١ من المجلة والمادة ١٠٢٦ من مرشد الحيران .

(٤) القرار المؤرخ ١٨٦٢/١٢/٢٩ (سيريه س ١٨٦٣ قسم – ١ – ص ٨١) .

(٥) مشار اليه في « أبو الوفا » المرجع السابق .

ومرافعات م ٥٢ و م ٥٣) .

أما الحكَم فهو مستقل تماماً عن الخصوم ، ولا يجوز له التنحي عن مهمته بعد القبول بغير عذر مقبول (مرافعات م ٢٦٠) ، ويكتسب المحكّم بمجرد اتفاق الطرفين على التحكيم صفة الحاكم أو القاضي ، ولا يملك الأخصام التدخل في المهمّة التي عهدت إليه ، كما لا يجوز عزله إلا باتفاقهم (مرافعات م ٢٦٠ فقرة أخيرة) ولا يجوز رده – تنحيته – إلا لنفس الأسباب التي يردّ بها الحاكم (مرافعات م ٢٦١ ف ١) .

ويلزم الخصوم – بعد مصادقة المحكمة – بما يصدره الحكَم من قرارات (مرافعات م ٢٧٢ ف ١) .

الأمور التي يجوز فيها التحكيم :

الأصل إن التحكيم جائز في جميع المسائل التي يجوز فيها الصلح وعلى هذا نصت المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات [١] ، وما يقابلها في التقنينات الأخرى ، وبهذا المعنى نص المادة ١٨٥٠ من المجلة أيضاً .

ذلك ان عقد التحكيم – كما ذكرنا – له سمات بعض العقود الأخرى كالصلح والوكالة ، كما وله سمات القضاء أيضاً ، وهو بعد ذلك – بلا ريب – تصرف قانوني – عقد – يصدر عن إرادة الطرفين لتسهيل إجراءات التقاضي ، ولذلك فيجب أن يكون موضوع التحكيم مما يجوز أخذ البدل في مقابلته ، وأن يكون معلوماً فيما يحتاج إلى القبض والتسليم ، وألاّ يكون مما يتعلق بالنظام العام والآداب. وعليه فلا يجوز التحكيم في دين القمار أو في الأمور التي تتعلق بالأحوال الشخصية كالبنوة والميراث ، ومسائل الجنسية والجرائم التي تعتبر حقاً للهيئة الإجتماعية [٢] ، وعلى العموم، فيجب الرجوع إلى المادة ٧٠٤ من القانون المدني التي عددت الأمور التي يجوز فيها الصلح لمعرفة المسائل التي يصح فيها التحكيم ، والأخرى التي لا يصح . والمادة ٧٠٤ هذه تنص « ١ – يشترط أن يكون المصالَح عنه مما يجوز أخذ البدل في مقابلته ويشترط أن يكون معلوماً إن كان

---

(١) تقابلها المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصري والمادة ٨٢٨ من قانون الأصول اللبناني، والمادة ٢٥٥ من قانون المرافعات الكويتي، وعن طريق المفهوم المخالف للمادة ٥٠٧ من قانون أصول المحاكات السوري .

(٢) كامل مرسي ج ١ بند ٢٧١ ص ٥٠٥ – ٥٠٦ وبند ٢٩٠ ص ٥٤٧ ، قمحة والسيد بند ٩٤٢ ص ٧٣١ ، أبو هيف بند ١٣٦٧ ص ٩٢٠ – بلانيول وريبير بندج بند ١٢٠٧ ، بودري لاكنتيزي بند ١٣٤ التحكيم – أبو الوفا – بند ٢٩ ص ٧٥ .

بما يحتاج إلى القبض والتسليم . ٢ — ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو الآداب . ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن إرتكاب أحدى الجرائم » .

وعليه ، وكما هو نص مادة المدني هذه ، لا يجوز التحكيم في عقدي الاعارة والهبة بلا مقابل (مدني م ٨٤٧ و ٦٠١) ويجوز في عقود البيع والرهن والإجارة والالتزامات المالية الأخرى لأنها مما يجوز أخذ البدل في مقابلتها ، ما لم تكن مخالفة النظام العام والآداب.

والقصد من تحريم التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام ، هو لكي تكون تحت رقابة وإشراف السلطات العامة ، التي يهمها أن تسري عليها قواعد عامة موحدة [١] .

وينبني على ذلك إن التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام الآنفة الذكر ، تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً ، ويجوز التمسك بها في جميع مراحل التحكيم ، وعلى المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها [٢] . هذا وسنعود لبحث موضع النظام العام بتفصيل أكثر عند الكلام عن الحالات التي يجوز فيها إبطال حكم المحكمين .

وحيث إن الخلافات فيما بين الزوجين ، مما يجوز الصلح فيها . ولذلك فالتحكيم فيها جائز أصلاً ، غير أن المشرع العراقي ، رأى أن يخصها بالنص تطبيقاً لما ورد في القرآن الكريم [٣] ، وتوكيداً للمادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية . وعليه فيجوز التحكيم للتوفيق بين الزوجين في مسائل الزواج والطلاق والنفقة . وفي الأمور المالية التي تترتب على الأحوال الشخصية كتقدير النفقة للزوجة أو للأقارب [٤] . كما ذكرنا

---

(١) دالوز — مرافعات — س ١٩٦٣ بند ٧٠ ص ٢٨ ، موريل بند ٧١٢ ، أنظر أبو الوفا — تحكيم بند ٣٨ ص ١١٧ .

(٢) أبو الوفاء عقد التحكيم — بند ٣٠ ص ٧٨ ، أبو هيف — المرجع السابق — .

(٣) لقوله تعالى « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها — سورة النساء آية رقم ٣٥) .

(٤) نصت المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على ما يلي :

« ١ — اذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به . بما لا يستطاع معه دوام العشرة ، أو ادعى قيام شقاق بينهما ، جاز له أن يطلب من القاضي التفريق . ٢ — على القاضي قبل اصدار الحكم بالتفريق أن يعين حكماً من أهل الزوجة ، وحكماً من أهل الزوج ، للنظر في اصلاح ذات البين ان وجدا ، فان تعذر وجودهما طلب القاضي الى الزوجين انتخاب حكمين غيرهما ، فان لم يتفقا على ذلك انتخبهما القاضي . ٣ — على الحكمين أن يجتهدا في الاصلاح ، فان تعذر عليهما ذلك ، رفعا الأمر الى القاضي ، موضحين له الطرف الذي ثبت لهما أنه هو المقصر ، فان اختلفا ضم اليهما القاضي حكماً ثالثاً . ٤ — اذا ثبت للقاضي أضرار أحد الزوجين بالآخر ، أو استمرار الشقاق بينهما وعجز عن اصلاحهما ، وامتنع الزوج عن التطليق فرق القاضي بينهما ، ويسقط المؤجل من المهر ان كان التقصير من جانب الزوجة ، فاذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما يزيد على نصف المهر للزوج ».

ذلك تفصيلاً في مبحث « التحكيم شرعاً » .

كذلك يجوز التحكيم في المصالح المالية التي تنشأ عن إرتكاب الجرائم ، كتقدير التعويض المترتب على مرتكب جريمة القذف أو السبّ أو الإيذاء أو القتل وغيرها من الجرائم التي تنشأ عنها مسئولية مالية .

هذا وقد كانت بعض التشريعات تقْصِر موضوع التحكيم على دعاوي المال، غير أن هذا الإتجاه قد نبذ في الوقت الحاضر ، وأصبح التحكيم جائزاً — كما ذكرنا — في كل أمر يجوز الصلح فيه (مرافعات م ٢٥٤) .

أنواع المحكَّمين :

المحكَّمون نوعان : (١) محكّمون مفوضون بالحكم ، ويطلق عليهم «محكمون حاكمون». وهذا هو النوع الاعتيادي الشائع . (٢) محكّمون مفوضون بالصلح ، ونسميهم « محكمين مصالحين » [(١)] .

ويطلق المشرع اللبناني على النوع الأول من التحكيم « التحكيم العادي » وعلى النوع الثاني « التحكيم المطلق » ويفترض بالتحكيم أنه عادي ما لم يصرح باطلاقه (الأصول اللبناني م ٨٣٣) .

وكانت التشريعات تفرق بين هذين النوعين من المحكمين ، فتتشدد ، بشأن تعيين المحكمين المصالحين ، بأن يكون عددهم وتراً ، وتتساهل في المحكمين الحاكمين ، فتعفيهم من هذا الشرط ، وهذا ما كان عليه قانون المرافعات المصري الأسبق الأهلي والمختلط (م ٧٠٥/٧٩٤ و م ٧١٨/٨٠٧) . ومن جهة أخرى تطلق يد المحكمين المصالحين ، فلا تلزمهم بالتقيّد بأصول المرافعات ، أو بالقواعد القانونية ، عدا ما يتعلق منها بالنظام العام أو الآداب . في حين توجب على المحكمين العاديين مراعاة الإجراءات ، واتباع القواعد القانونية ، إلا إذا نص عقد التحكيم صراحة على عدم التقيد بها ، وبهذا المبدأ أخذ قانون مرافعاتنا (م ٢/٢٦٥) . وبهذا المعنى أيضاً المادتان ٨٣٤ و ٨٤٨ من قانون أصول المحاكمات اللبناني .

غير أن هذا التمييز بين النوعين قد أخذ بالتلاشي في التشريعات الحديثة ، وانصرف

---

(١) أبو هيف بند ١٣٦٧ ص ٩٢٠ — ٩٢١ ، كامل مرسي بند ٢٩٢ ص ٥٤٨ ، قمحة والسيد بند ٩٤٤ ص ٧٣٣ ، أنظر المواد ٥٠١ و ٥٠٤ من قانون المرافعات المصري ، والمادة ٨٣٣ من الأصول اللبناني والمادة ٢٦٠ من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة ٥٢٢ من قانون الأصول السوري .

المشرعون إلى مذهب الفقه الإيطالي الذي يقضي بأن يكون عدد المحكمين وتراً في جميع الحالات ، عدا حالة التحكيم بين الزوجين ، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي (مرافعات م ٢٥٧) تجنباً لضرورة الإلتجاء إلى حَكَم مرجح ، وما يحدثه من مشكلات عند الإختلاف على تعيينه [١] .

أما المشرعان اللبناني (الأصول م ٨٣٠) ، والأردني (تحكيم م ٧) فأجازا أن يتفق كل طرف على أن يعين حكماً من جانبه ، ويعين الحكمان هذان – عند اختلافهما – حكماً مرجحاً ثالثاً ، فاذا لم يتوصل الحكمان إلى إتفاق على شخص الحكَم المرجح ، عينته المحكمة ، هذا إذا لم ينص الإتفاق في الأصل على تعيين الحكَم المرجح أو على تعيين حكم واحد فقط للفصل في النزاع . وكان قانون الأصول الحقوقية العراقي العثماني الأسبق وذيله ينصان على ذلك أيضاً (أصول م ٦١ وذيله م ٤٠) .

غير أن القانون العراقي القائم وإن جاء النص فيه بهذا الشأن – كما ذكرنا – مطلقاً ، بأن يكون عدد المحكمين وتراً ، أي سواء أكانوا محكمين حاكمين – عاديين – أم محكمين مصالحين (مرافعات م ٢٥٧) . غير أنه من ناحية أخرى أوجب على المحكمين العاديين إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات ، ما لم يتفق المحتكمون بشكل صريح على عدم التقيّد بها ، أو أن يكونوا قد رسموا إجراءات أخرى يسير المحكّمون على هداها ، (مرافعات م ١/٢٦٥) . في حين أعفى المحكّمين المصالحين – المفوضين بالصلح – من التقيّد بأي أمر سواء من ناحية إجراءات المرافعة ، أم من ناحية القواعد القانونية ، فأطلق لهم حرية التصرف ، واتخاذ ما يتراءى لهم من قرارات ، لا يقيدهم في ذلك إلا ما يتعلق بالنظام العام والآداب (مرافعات م ٢٦٥ / ٢) . كما سنفصل ذلك فيما بعد .

الشروط الواجب توافرها في المحكّمين : –

– ١ – أن يكون عدد المحكمين وتراً فقد نصت المادة ٢٥٧ من قانون المرافعات « يجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً ، عدا حالة التحكيم بين الزوجين » .

وسبب إستثناء المشرع العراقي ، حالة التحكيم في النزاع بين الزوجين من وجوب وتريّة العدد في المحكّمين – فيما نرى – لكي ينسجم ذلك مع نص الآية الكريمة سالفة الذكر ، والتي تقول « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ،

---

(١) كامل مرسي بند ٢٩٢ ص ٥٤٨ – ٥٤٩ .
ويطلق المشرع الأردني على الحكم المرجح – الفيصل – (قانون التحكيم م ٥) .

إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما » . وقد أكدت ذلك المادة ٤٠ من قانون الأحوال الشخصية [١] .

هذا وقد جرى نقاش فيما إذا كان تعيين محكمين أثنين ، أو أي عدد شفعي آخر يجعل التحكيم باطلاً ، أما النص المصري فصريح في هذا الباب فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة ٥٠٢ من قانون مرافعاته « إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً ، وإلا كان التحكيم باطلاً » .

أما النص العراقي وكذلك النصان السوري (الأصول م ٥١١) والكويتي (مرافعات م ٢٥٦) ، فإنه وإن جاء النص فيها على أن يكون عدد المحكمين وتراً ، غير أنها قد سكتت عما يكون عليه الحكم فيما لو كان عدد المحكمين شفعاً؟ لذلك فقد اختلفت الأقضية ، وتشعبت الآراء ، فمن قائل إن هذا النص وضع لمصلحة عامة ، وهي الحد من تكثير المنازعات ، وتعقيد الإجراءات ، صيانة للأخلاق ، وقد أرفعت هذه المصلحة ، إلى درجة تجعلها من النظام العام ، ولذلك فيعتبر تعيين المحكمين بعدد شفعي باطلاً ، وتبطل تبعاً لذلك جميع ما قاموا به من إجراءات ، وما أصدروا من قرارات وبهذا الرأي محكمة التمييز [٢] وقال آخرون إن هذا النص أساسه مصلحة الأفراد ، ورعاية حقوقهم وهو التخلص من ضرورة الإلتجاء إلى حكـَم مرجح [٣] ، ولا تعلق له بالنظام ، وإذا كان للأخصام أن يتنازلوا عن الحق ذاته ، فلهم من باب أولى أن يتفقوا على سبل تحقيقه . وهناك مسألة مماثلة ، وهي صحة إتفاق الخصوم على تعيين أكثر من خبير (مرافعات م ١٢٥) أو على الإثبات بالشهادة فيما يزيد على النصاب ، أو على ما يخالف الكتابة أو يجاوزها (مدني م ١/٤٨٨) .

والذي أراه إن البطلان هنا نسبي على النحو الآتي : وهو إذا اتفق الطرفان على محكمين أثنين ، أو أي عدد شفعي آخر ، ولم يحدث خلاف بينهم ، فإن المحذور من تعيين محكـَّمين بعدد الشفع، وهو أنقسامهم إلى نصفين بأن يذهب كل واحد منهما باتجاه مخالف للآخر ، ثم يختلفان أيضاً على إختيار حكم ثالث — مرجح — هذا الإحتمال لا يبقى له محل . وعليه فإذا رفع النزاع في هذه الحالة إلى القضاء ، فلا يبقى محل لاعتراض الخصم على تعين حكمين إثنين ، بعد أن جرى إختيارهما بموافقته ورضاه ، كما وأن هذا الخصم مع خصمه الآخر قد وضعا منذ الإبتداء ثقتهما في محكيمهما ، واطمئنا إلى عدالتهما وارتضيا بما سيحكمان به ، ولذلك فيعتبر إعتراضه على هذه الجهة ، بعد أن

---

(١) سورة النساء آية رقم ٣٥ وقد أدرجنا نص المادة ٤٠ في الهامش رقم ٤ ص ٢٧ .

(٢) القرار الرقم ١٢٧/م١/١٩٧٣ والمؤرخ ١٤/١٢/١٩٧٣ (النشرة القضائية لسنة ١٩٧٣ ع ٤ ص ٢٨٤).

(٣) أنظر المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات المصري السابق .

أصدرا حكمهما ، إنما جاء يقصد النكاية واللجاجة في الخصومة .

وينبني على نسبية البطلان هذه – فيما نرى – أنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، كما وان هذا الدفع – على أبعد تقدير – يعتبر من الإعتراضات الأولية التي يجب التمسك به أول جلسة ، وإذا كان المشرع قد إعتبر عدم إعتراض الخصم على إلتجاء خصمه إلى المحاكم ، غير معتد بشرط التحكيم ، من الإعتراضات الأولية ، التي يكون معه شرط التحكيم لاغياً (مرافعات م ٢٥٣ ف ٢) . وعليه فيكون عدم إثارة الخصم لتوافر شرط وترية عدد المحكمين في أول جلسة مسقطاً لحقه من باب أولي .

أما لو إختلف الحكمان ، أو كان المحكمون بعدد الشفع . وإنقسموا إلى شقين متساويين ، فيعتبر تعيينهم على هذا الوجه باطلاً . ولا يمكن الرجوع إلى الأجراء الذي كان مقرراً سابقاً ، وهو إن لم يتفق الحكمان على رأي أو انقسموا إلى نصفين ، فيقومان هما باختيار الحكم المرجح ، وإلاّ عينته المحكمة [1] ، إذ قد ألغي ذلك النص . وعليه فلم يعد من الجائز الركون إليه ثانية ، إذ لو أراد المشرع ذلك لأبقى عليه .

هذا من جهة ومن جهة أخرى إن الإتفاقات التي عقدتها الحكومة العراقية مع شركات النفط : شركة نفط العراق في ١٩٢٥/٣/١٤ ، وشركة نفط الموصل في ١٩٣٢/٤/٢٠ ، وشركة نفط البصرة في ١٩٣٢/٧/٢٩ ؛ جميعها قد أقرت مبدأ التحكيم وطرح ما ينشأ من نزاع بينهما على محكمين إثنين ، وذلك على التوالي في المواد ٤٠ و ٢٩ و ٤١ من إتفاقياتها ، كما وأن الإتفاقية التي عقدتها الحكومية العراقية مؤخراً مع شركة إيراب الفرنسية المؤرخة ١٩٦٨/٢/٣ ، قبلت هي الأخرى مبدأ التحكيم – أي إن جميع هذه الإتفاقيات في مجملها أخذت من حيث المبدأ بشفعية عدد المحكمين ، بأن تعيين الحكومة العراقية من جانبها حكماً ، وتعين الشركة من الجانب الثاني حكماً آخر ، ليصدرا قرارهما في موضوع الخلاف ، فإن لم يتوصلا إلى قرار ، فباتفاقهما يجري تعيين حكم ثالث ، أو ينص الإتفاق مقدماً على تعيين هذه الشخصية . وعليه فلو كان تعيين محكمين إثنين – وهو عدد شفعي – مما يتعلق بالنظام العام لما أقدم المشرع العراقي على إقرار تعيين محكمين اثنين في هذه الإتفاقيات .

وبموجب قانون التحكيم الأردني (م ٧) ، وقانون الأصول اللبناني (م ٨٣٠) يجوز لكل طرف أن يعين حكَماً ، ولهذين الحكمين عند الإختلاف الإتفاق على تعيين

---

(١) هذا الإجراء – كما ذكرنا سابقاً – أخذ به المشرعان اللبناني (الأصول م ٨٣٠ / والأردني (تحكيم م ٧) ، وكان مقرراً بموجب المادة ٤٠ من ذيل الأصول الحقوقية الأسبق . وبه أخذت المادة ٣/٦٩ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لوزارة التخطيط .

حكم مرجح ؛ أو حكم فيصل – كما يسميه المشرع الأردني – فان لم يتفقا ، عينته المحكمة ، ويضيف المشرع الأردني إذا لم ينص الإتفاق على عدد المحكمين فيحال الخلاف إلى محكم واحد (م ٥ ف ١) .

٢ – الشرط الثاني الواجب توافره في الحكم ، هو ألا يكون من رجال القضاء ، ما لم يأذن مجلس القضاء بذلك [١] (مرافعات م ٢٥٥) .

وقد كان تعيين رجال القضاء محكمين موضع خلاف ، فأجاز البعض تعيينهم بدون إستثناء [٢] ، وقبل البعض الآخر تعيين المحكمة بكامل هيئتها حكماً في الموضوع ؛ أما تعيين الرئيس وحده حكماً فاعتبر باطلاً . وقال آخرون يجوز تعيين القضاة محكّمين بصرف النظر عما إذا كان ذلك يستوجب مؤاخذتهم إدارياً – إنضباطياً – أم لا [٣] .

غير أن هذا الخلاف لم يعد له أثر عملي عندنا بعد أن جاء نص المادة المشار إليها صريحاً بعدم جواز إختيار المحكمين ممن يقوم بأعباء القضاء بدون أذن صريح من مجلس القضاء .

ولا شك إن الإذن يجب أن يكون خطياً ومحدداً ، أي بأن يعين فيه طرفا الخصومة ، وملخص الإتفاق ، وموضوع النزاع بصورة إجمالية ؛ ولذلك فلا يجوز أن يكون الإذن بشكل مبهم ، أو بصيغة عامة ، كأن يقال إن الحاكم أو القاضي الفلاني مأذون بالتحكيم في كل قضية، أو في جميع المنازعات الحادثة أو التي قد تحدث بين الخصوم. على أنه من الناحية العملية ، يعتذر الحكام والقضاة عادة عن قبول التحكيم ترفعاً عن مواطن الشبهة ، وتجنباً للإتهام بالحيد والميل إلى جانب دون آخر [٤] .

٣ – الشرط الثالث ، أن يكون الحكَم كامل الأهلية ، فلا يجوز أن يكون محكَماً : الصغير أو المحجور ، أو من سقطت عنه الحقوق المدنية ، أو المفلس الذي لم يرد إليه إعتباره [٥] ، وهذا الشرط يتعلق بالأهلية ، فكما لا يجوز إجراء التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ، كذلك لا يجوز أن يكون حكماً إلا من كان كامل الأهلية .

---

(١) أنظر قانون السلطة القضائية رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٣ وتعديلاته البالغة ستة عشر تعديلا حتى سنة ١٩٧٥ .

(٢) بهذا الرأي كلاسون ج ٢ بند ١٨٦٣ ، أنظر أبو هيف بند ١٣٧٢ ص ٩٢٤ ، كامل مرسي بند ٢٩٣ ص ٥٤٩ ، هامش ٢ .

(٣) كارسونيه ج ٨ بند ٣٠٣٨ هامش رقم ٨ . ومن الجدير بالذكر إن المشرع العراقي قبل تعيين رئيس محكمة التمييز حكماً في اتفاقية النفط بين الحكومة العراقية وشركة إيراب الفرنسية .

(٤) أبو هيف – طرق التنفيذ والتحفظ – بند ١٣٧٢ ص ٩٢٤ – ٩٢٥ .

(٥) كامل مرسي بند ٢٩٠ ص ٥٤٧ ، أبو هيف – المرجع السابق بند ١٣٦٦ ص ٩١٩ .

٤ – قد يفهم مما جاء في المواد ٢٥٩ و ٢٦٧ و ٢٧٢ ف ٢ من قانون المرافعات ، التي توجب توقيع المحكَّم على قبوله للتحكيم وعلى محاضر إجراءاته ، وأن يوقع على القرار الذي يصدره في النزاع ، أنه يجب أن يكون الحكَم ملماً بالقراءة والكتابة ، غير أن الرأي الراجح هو أن تعيين الحكم من الأميين لا يشكل سبباً للبطلان ، ذلك إن المراد بالتوقيع هنا ليس الإمضاء ، وإنما بمعناه الأعم ، أي أنه يشمل الإمضاء والختم ؛ خاصة وأن الختم مقر بحجيته في تشريعاتنا (مدني م ٤٥٥ و م ٤٥٦ ، ومرافعات م ١٠٤ – م ١٠٧ – ١١٠) ، كما وان الثقة والمعرفة الفنية ليس شرطاً أن تتحقق فيمن يعرف الكتابة ، بل قد تتوافر في بعض من يجهلها أكثر مما لدى البعض ممن يعرف القراءة والكتابة . ثم إن المحكَّم ما هو إلا وكيل في الجملة، وليس شرطاً في الوكيل أن يكون ممن يعرف الكتابة [١] . كما قد يكون الشخص أمياً ومع ذلك يوقع بالأمضاء .

٥ – كذلك جرى البحث عمّا إذا كان يجوز أن يكون المحكَّم من غير الوطنيين، هذه المسألة لا يوجد فيها نص في التشريع العراقي ، فليس فيه ما يوجب أن يكون المحكَم عراقياً ، أو من نفس البلد الذي جرى العقد فيه ، وقد رأينا في الإتفاقيات التي عقدتها الحكومة العراقية مع شركات النفط الأجنبية ، وكذلك الإتفاقية التي عقدتها المؤسسة العراقية لتعبئة الطائرات بالوقود والزيوت مع شركة (أيرتوتال) Air Total (مادة ٨) إن من بين المحكمين في هذه العقود شخصيات أجنبية ، وبهذا المبدأ أخذت محكمة النقض المصرية فقضت « ليس هناك ما يمنع من أن يكون التحكيم على يد أشخاص غير مصريين ، ذلك أن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة ، يريدان بمحض إرادتهما وإتفاقهما تفويض أشخاص ليس لهم ولاية القضاء أن يقضوا بينهما ، أو يحسموا النزاع بحكم أو صلح » [٢] .

٦ – من نافلة القول أنه لا يصح تعيين أحد الخصوم حكماً ، أو من له مصلحة شخصية في العقد ، أو من نتيجة النزاع ، إذ لا يجوز مطلقاً أن يكون المرء خصماً وحَكَماً في آن واحد [٣] . غير أنه قد إختلف فيما إذا كان يجوز أن يكون حكَماً من لا تقبل شهادته لأحد الطرفين ؛ والرأي الراجح هو ألاّ مانع من تعيين هؤلاء محكمين ، ذلك إن إختيار الحكم – بعكس الشاهد – يكون من قبل جميع الخصوم ، مما يجعل وضع

(١) أحمد قمحة وعبد الفتاح السيد – المرجع السابق – بند ٩٤٥ ص ٧٣٤ .

(٢) القرار المرقم ١٢/٤/١٩٥٦ – مجموعة القواعد القانونية ، المكتب الفني ، ج ٣ ، الدائرة المدنية ، التحكيم بند ١ ص ٢١٨ .

(٣) أبو هيف بند ١٣٧١ ص ٩٢٣ – ٩٢٤ ، كامل مرسي بند ٢٩٣ ص ٥٤٩ .

الثقة به أمراً محققاً ، ما لم يكن هناك غش أو خطأ ، أو كان الخصم على جهل بتلك الأسباب [1] .

كذلك ليس هناك ما يمنع من أن يكون المحكَّم إمرأة ، أو غير متخصص في موضوع النزاع أو لا خبرة له فيه ، أو لا معرفة له بالقانون، حتى وإن كانت القضية المطروحة عليه قانونية ، أو أن يكون جاهلاً لغة الأخصام ، أو من غير ديانة الخصوم ، ولو كان موضوع النزاع يتعلق بمسألة دينية ، أو أن يكون أصم أو أبكم أو أمياً لا يعرف الكتابة والقراءة ، أو أجنبياً من غير جنسية البلد ، أو موظفاً في الحكومة [2] من غير الحكام والقضاة . على النحو الذي سبق ذكره .

تعيين المحكمة للمحكَّمين : ـ

الأصل إن طرفي النزاع هما الذان يختاران محكَّمهما ، أو محكَّموهما ، ولكن هناك حالات أعطى المشرع فيها للمحكمة المختصة بذات النزاع [3] المتفق على التحكيم فيه ، حق تعيين المحكمين كلهم أو بعضهم (مرافعات م٢٥٦ فقرة١) [4] وهذه الحالات هي [5] :

أولاً : إذا أتفق الطرفان على التحكيم ، ووقع النزاع ، ولم يكن الخصوم قد أتفقوا على المحكمين .

ثانياً : إذا اتفق الخصوم على المحكمين ، وعندما وقع النزاع أمتنع واحد منهم أو أكثر عن العمل ، أو إعتزله ، أو عزل عنه ، أو توفي ، أو تعذر عليه القيام ، ولم يكن هناك إتفاق بهذا الشأن بين الخصوم، أو لم يتفقوا على تعيين محكم بدله. فلأي من الخصوم

---

(١) كلاسون ج ٢ بند ١٨٦٣ ، كامل مرسي – المرجع السابق ، أبو هيف ص ٩٢٤ والهامش رقم ٢ ، بخلاف هذا الرأي بعض الفقه الإسلامي ، وهذا ما أخذ به الأستاذ عبد الجليل برتو – مرافعات ص ٣٤٦) .

(٢) أنظر برنارد بند ٢٥٠ و ٢٥١ و ٤٦٥ ، وموريل بند ٧٢٢ ، وكارسونيه ج ٨ بند ٢٦١ ، بيوش بند ٢٠٧ أبو الوفا – التحكيم –ط ٢ بند ٦٥ ص ١٦٢ – ١٦٣ .

(٣) يقصد بالمحكمة المختصة هي تلك التي يجب أن يرفع اليها النزاع أصلا ، لو لم يكن هناك تحكيم في الموضوع . (مرافعات م ٢/٢٦١) .

(٤) تقابلها المادة ٢٥٧ من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة ٥١٢ من قانون أصول المحاكات السوري .

(٥) أبو هيف – ط ٥ التنفيذ والتحفظ – بند ١٣٦٩ ص ٩٢١ ، قمحة والسيد – التنفيذ – بند . ٩٥ ص ٧٣٦ . بهذا المعنى أيضاً المادة ٢/٥١٢ من قانون الأصول السوري .

أن يتقدم بطلب كتابي إلى المحكمة المختصة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم (مرافعات م ٢٥٦ ف ١) .

وبموجب التشريع الأردني ، إذا كان المحكمان إثنين ولم يتفقا على رأي ، فيقوم الحكم الفيصل – المرجح – في الحال بمهام التحكيم بدلاً منهما ، وعلى الفيصل أن يصدر قراره خلال شهر واحد (تحكيم أردني م ٥ فقرة ٤ ، ٥) .

ثالثاً : إذا طلب أحد الخصمين تعيين محكم ، أو محكمين جدد ، بالنظر لعدم قيام المحكمين بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في إتفاقهم ، أو المقررة قانوناً ؛ فلهذا الخصم مراجعة المحكمة المختصة لتعيين محكمين غيرهم (مرافعات م ٢٦٣) . وتنص المادة ٥١٢ ف ٢ من قانون الأصول السوري أن يكون عدد المحكمين الذين تعينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم . وهذا النص ليس إلا تطبيقاً لما يقضي به عقد التحكيم ، إذ إن تعيين محكمين يقل أو يزيد عددهم عما ورد فيه ، يعتبر مناقضاً لما جاء في شرط التحكيم أو مشارطته ، وهذا ما لا يجوز قبوله قانوناً .

وقرار المحكمة بتعيين محكمين يعتبر نهائياً ، غير قابل لأي طعن ، أما قرارها برفض طلب تعيين المحكم ، فيجوز تمييزه بالطريقة التي يجوز فيما تمييز أحكام القضاء المستعجل ، والقضاء الولائي ، أي خلال سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار ، وعلى المحكمة التي رفع اليها التمييز النظر فيه على وجه الإستعجال ، ويكون قرارها واجب الاتباع (مرافعات م ٢/٢١٦[1] و م ٢/٢٥٦) . وقصر الطلب إلى المحكمة على تعيين حكم لا يتناول سواه (مرافعات م ٢٦٤) .

أما المشرع المصري ، فقد أوجب في المادة ٥٠٢ ف ٣ من قانون مرافعاته الجديد تحديد أشخاص المحكمين في إتفاق التحكيم ، أو في إتفاق مستقل ، على إعتبار أن الثقة في حسن تقدير المحكم ، وفي حسن عدالته ، هي الأصل في مبعث إتفاق التحكيم [2] . وعلى هذا نصت المادة ٨٢٩ من قانون أصول المحاكمات اللبناني أيضاً .

حقوق المحكمين وواجباتهم : –

من المعلوم إن المحكّم لا يجبر على قبول التحكيم ، فهو حر في قبوله أو رفضه ، ولكن إذا قبله ، فيجب أن يكون ذلك كتابة . والقبول غير خاضع لشكل معين . فيكفي فيه توقيع المحكم على عقد التحكيم لثبوت قبوله (مرافعات م ٢٥٩) .

---

(١) هذه الفقرة معدلة بالقانون رقم ١١٦ لسنة ١٩٧٣ والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٧ .

(٢) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات المصري .

غير أن على المحكم بعد قبوله التحكيم أن يستمر في مهمته حتى النهاية ، فكما لا يجوز له أن يتنحى عن مهمته ، إلا لعذر مقبول ، كالمرض الشديد ، أو السفر الطويل ، كذلك لا يجوز عزله إلا بإتفاق الخصوم (مرافعات م ٢٦٠) .

والعلة في عدم السماح للحَكَم بالتخلي عن مهمته بعد قبولها ، هو لكيلا يتراخى عن الفصل في النزاع ، مما يضار به المحتكمان ، أو أحدهما[1] ، وعلى ذلك فإذا تخلى الحَكَم عن مهمته لغير سبب مشروع ، وأدى ذلك إلى إحداث أضرار بأحد الطرفين ، جاز لهذا رفع دعوى بالتعويض عليه[2] . وبهذا صرحت المادة ٥٠٣ من قانون المرافعات المصري ، والمادة ٨٤٣ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، والمادة ٥١٤ من الأصول السوري .

وبالطبع إن ولاية المحكمين على الفصل في النزاع محدودة بما إتفق الخصوم على التحكيم فيه ، فإذا جاوزوا في قرارهم حدود الإتفاق ، كان ذلك سبباً للطعن فيه بالبطلان (مرافعات م ١/٢٧٣)[3] .

هذا لما كان المحكَّمون متفرغين عادة للمهمة التي أودعت إليهم ، فقد أوجب القانون عليهم أن يفصلوا في المنازعة خلال الأجل المحدد لهم من قبل الطرفين ، أما إذا لم يحدد لهم ميعاد لإصدار قرارهم ، فيتوجب عليهم أن يصدروا قرارهم في مدة أقصاها ستة أشهر من تاريخ قبولهم التحكيم[4] . وإلا إعتبر عقد التحكيم كأن لم يكن ، وليست له أية قيمة قانونية[5] . ما لم يتفق الخصوم على تمديد الأجل (مرافعات م ٢٦٢ فقرة ١ و ٢) . وبهذا المعنى المادة ١٨٤٦ من المجلة .

أما إذا حصل مانع من إصدار المحكمين قرارهم في موعده ، كما لو توفى أحد الخصوم ، (مرافعات م ٢٥٩) أو عزل المحكم ، أو قدم طلب برده ، فإن ذلك يعتبر سبباً مشروعاً ، ومعذرة قانونية يمتد بموجبها الأجل تلقائياً إلى المدة التي يزول فيها

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات ، وتقابل المادتان العراقيان المادة ٥١٣ و ٥١٤ من الأصول السوري .

(٢) قمحة والسيد بند ٩٤٧ ص ٧٣٥ ، أبو هيف بند ١٣٧٣ ص ٩٢٥ ، مرسي بند ٢٩٤ ص ٥٥٠ .

(٣) هذه المادة تقابلها المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المصري . والفقرة (١ و ١٢ من المادة ٨٤٠ من قانون الأصول اللبناني .

(٤) هذه المدة شهران بموجب قانون المرافعات المصري (م ٢/٥٠٥) . وثلاثة أشهر بموجب قانون المرافعات الكويتي (م ٢٥٩) وقانون الأصول السوري (م ٥٢٠) . وقانون التحكيم الأردني (م ٥ فقـرة ٣) .

(٥) قمحة والسيد بند ٩٤٨ ص ٧٣٥ - ٧٣٦ .

المانع . (مرافعات م ٢٦٢ فقرة ٣) .

ومع ذلك فإذا لم يقم المحكمون بالفصل في النزاع خلال المدة المشروطة في إتفاقهم أو المدة المحددة في القانون ، أو تعذر على المحكمين تقديم تقريرهم بسبب قهري ، كما لو توفى أحد المحكمين أو إعتذر عن القيام بمهمته ، جاز لكل خصم مراجعة المحكمة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع لكي تقرر – حسب الأحوال – إما بإضافة مدة جديدة أو تعيين محكمين آخرين ، أو أن تفصل هي بنفسها في النزاع . (مرافعات م ٢٦٣) .

كذلك لو عرضت مسألة أولوية تخرج عن ولاية المحكمين ، وجب الرجوع فيها إلى المحكمة المختصة ، كما لو إختلس مستند ، أو أدعي بتزوير محرر ، أو إتخذت إجراءات جزائية بشأنه ، أو عن أي حادث جزائي أوعرضي آخر يختص بموضوع النزاع ، كإدخال شخص ثالث ، أو ضم دعوى جديدة إلى النزاع (حادثة أو متقابلة) . فعندئذ يتوجب على المحكمين أن يصدروا قراراً إلى الخصوم بأن عليهم تقديم طلباتهم بهذا الشأن إلى المحكمة المختصة خلال أجل معين . كما ويستحسن أن يشعروا المحكمة بذلك أيضاً ، وعندئذ يقف سريان المدة المحددة لإصدار قرارهم ، إلى أن يصدر حكم بات ونهائي في هذه المسألة (مرافعات م ٢٦٨) [1] . كما سيجري البحث عن ذلك فيما بعد عند الكلام عن أسباب وقف إجراءات التحكيم .

إجراءات التحكيم :

حيث إن حكم المحكَّمين لا يخرج عن أن يكون قضاءً بين الخصوم ، للفصل في النزاع المعروض عليهم ، لذلك فقد أوجب القانون عليهم إتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في قانون المرافعات ، أي إن على المحكمين أن يراعوا القواعد والأوضاع التي تقوم بها المحاكم العادية ، من مواعيد ، وتبليغات ، واستماع إلى أقوال الخصوم ، وتكليفهم بتقديم أدلتهم خلال المواعيد المحددة لهم ، وغير ذلك من الإجراءات التي تتبعها المحاكم العادية في أصول المرافعات . وأن يتولوا مجتمعين جميع إجراءات التحقيق موقعاً عليها من قبلهم . (مرافعات م ١/٢٦٥ و م ٢٦٧) .

ومع ذلك فيجوز للخصوم إعفاء المحكمين صراحة من اتباع هذه الإجراءات ، سواء أجاء هذا الإعفاء في عقد التحكيم ، أو في أي إتفاق لاحق آخر . أو كانوا قد

---

(١) بهذا المعنى المادة ٥٢٦ من قانون الأصول السوري ، والمادة ٢/٥٠٦ من قانون المرافعات المصري ، المادة ٩ من قانون التحكيم الأردني .

رسموا للمحكمين إجراءات معينة يسيرون عليها لحسم نزاعهم ، على ألاّ تكون مخالفة للنظام العام والآداب (مرافعات م ٢٦٥ ف ١) . أي إن المشرع ألزم المحكمين باتباع القواعد المدنية والتجارية ، وما نص عليه في باب التحكيم ، ما لم يكن الخصوم قد فوّضوا المحكمين بالصلح ، ورسموا لهم إجراءات معينة فعندئذ ليس عليهم مراعاتها [١] (مرافعات م ٢٦٥ف/٢) . كما سنفصل ذلك عند الكلام عن المحكمين المصالحين . وبهذا المآل المادتان ٥٢١ و ٥٢٢ من قانون الأصول السوري ،والمادة ٨٣٤ من قانون الأصول اللبناني .

وعلى المحكمين أن يعلنوا الخصوم أو وكلاءهم بالحضور في المواعيد المقررة لعملهم ، وأن يمكّنوا الخصوم من الإدلاء بأقوالهم وتقديم دفوعهم ، وأن يحددوا موعداً لقديم لوائحهم وما لديهم من أوراق ومستندات ودفاتر ورسائل وغير ذلك من الأدلة ، كما لهم أن يستمعوا إلى شهادات الشهود ، وأن يستعينوا بأهل الخبرة ، وأن يقوموا بإجراء الكشف والمعاينة على المحل موضوع النزاع ، وغير ذلك مما يوفر للخصوم حق الدفاع عن حقوقهم ، وما يرونه لازماً للفصل في النزاع ، وتقتضيه طبيعته ، ما لم يكونوا معفَوْن من القيام به من قبل الخصوم صراحة أو بنص القانون [٢] (مرافعات م ١/٢٦٥ و م ٢٦٦) [٣] . على أن يقدموا بذلك مجتمعين . غير أن لهم أن يندبوا واحداً منهم لإجراءات معينة على أن يثبتوا ذلك في المحضر . (مرافعات م ٢٦٧) .

وفي جميع الأحوال يجب على المحكمين أن يفسحوا المجال كاملاً للخصوم في الدفاع عن حقوقهم ، ذلك إن تمكين الطرفين من تقديم أدلتهم وأوجه دفاعهم ، حق لا يجوز للمحكمين التفريط به ، أو التساهل فيه . وقد جاء في قرار لمحكمة استئناف مصر « حق الدفاع حق مقدس وبخاصة في مسائل التحكيم » [٤] .

وعلى العموم فإن للخصوم إبداء أوجه الدفوع أمام المحكمين ، سواء أكانت هذه الدفوع أولية ، أم أصلية ، إلا ما كان بطبيعته لا يمكن للمحكمين القيام به ، كطلب

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القائم ، وبعكس ذلك المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المصري ، حيث لا تلزم المحكمين باتباع قواعد المرافعات ، وإنما تلزمهم بأن يكون حكمهم على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح .

(٢) أبو هيف – طرق التنفيذ والتحفظ – بند ١٣٧٧ ص ٩٢٨ ، قمحة والسيد – التنفيذ – بند ٩٥٢ ص ٧٣٨ .

(٣) تقابل المادة العراقية هذه ، المادة (٥) من قانون التحكيم الأردني،والمادتان ٥٢١ و ٥٢٢ من قانون الأصول السوري .

(٤) القرار المؤرخ ١٩٣١/٦/٣٠ (الجدول العشري الثاني ، مرافعات بند ١٢٩٩ ص ٢٦٧) .

إدخال شخص ثالث في الدعوى ، أو ضم دعاوى أخرى ، فهـذه الأمور وما شاكلها خارجة عن ولاية المحكمين ، فلا يملكون القيام بها ، ويتوجب عليهم الرجوع فيها إلى المحكمة المختصـــة .

كذلك يمتنع على المحكمين – كما أشرنا – القيام بالمسائل الفرعية أو الأولية التي تتولد عن النزاع كالبحث في موضوع التزوير ، أو الإنابات القضائية وغيرها .

وبعد فالتحكيم إما أن يكون مطلقاً يفوض فيه الطرفان المحكمين بفض النزاع بشكل مطلق ، دون الإلتزام بأصول المرافعات أو بقاعـدة قانونية إلا ما كان منها متعلقاً بالنظام العام ، وإما أن يكون عادياً . ، وعندئذ يتبع المحكمون قواعد المرافعات ما لم يعفِ الطرفان صراحة المحكمين من اتباعها ، أوَ وضع إجراءات أخرى يسيرون عليها (مرافعات م ٢٦٥ / ١) [1] .

واذا كان المحكمون مفوضين بالصلح ، فيعتبر تحكيمهم بشكل مطلق – كما سنرى – .

وتقضي المادة ٨٣٣ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، أنه عند قيام الشك فيما إذا كان التحكيم الوارد في العقد عادياً أم مطلقاً ، فيقدر أن التحكيم عادي .

المحكَّمون المفوضون بالصلح : –

إذا فوض الطرفان المحكمين بالصلح في عقد التحكيم أو في مشارطته ، فيعفون من التقيد بإجراءات المرافعات ، أو بالقواعد الموضوعية للقانون ، أي إن لهم أن يحكموا بمقتضى قواعد العدالة ، أو بعرف تجاري ، أو حتى بعرف أجنبي ، كما لهم أن يرفضوا الأخذ بمرور الزمان – التقادم – أو بعدم الإعتداد بالتقاص – المقاصة – أو بالفوائد ، فلا يتقيدوا بشيء من ذلك ، إلا ما كان مخالفاً للنظام العام والآداب . وعلة ذلك إن المحكَّمين المفوضين بالصلح يجري اختيارهم على أساس كبير من الثقة ، ومن ذوي المقدرة العالية ، فرأيهم هو عنوان الصحة ، والصلح الذي يقررونه يكون معتبراً ونافذاً في حقهم ، فلا يجوز الرجوع فيه ، أو الطعن به ، إلا إذا خالف المحكمون قاعدة من قواعد النظام العام والآداب (مرافعات م ٢٥٨ و ٢٦٥ فقرة ١ و ٢) . وعلى هذا نصت أيضاً المادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المصري ، والمادة ٢٦٠ من قانون المرافعات الكويتي والمادة ٥٢٢ من قانون أصول المحاكمات السوري ، أما المادة ٤٨٥ من قانون الأصول

---

(١) أنظر بهذا الشأن أيضاً المادتين ٨٣٣ و ٨٣٤ من قانون أصول المحاكمات اللبناني والمادتين ٥٢١ و ٥٢٢ من قانون الأصول السوري.

اللبناني فجاءت بصراحة أكثر فقالت « إذا كان العقد التحكيمي يقضي بتعيين محكم أو عدة محكمين مطلقين – مصالحين – فإنهم يحكمون بمقتضى الإنصاف ، دون أن يتقيدوا بأحكام القانون وأصول المحاكمة ، وقرارهم لا يكون قابلاً للإستئناف » .

كذلك نصت المادة ١٨٥٠ من المجلة « إذا أذن الطرفان بالصلح المحكَّمين الذين جعلوهما مأذونين بالحكم توفيقاً لأصوله المشروعة ، فيعتبر صلحهم ، وهو أنه إذا وكل أحد الطرفين أحد المحكمين ، والآخر الآخر بالصلح في الخصوص الذي تنازعا فيه ، وتصالحا توفيقاً للمسائل المتدرجة في كتاب الصلح ، فليس لأحد الطرفين أن يمتنع من قبول هذا الصلح » .

والمحكم المصالِح فيما يقرره ، لا يصدر حكماً بالمعنى المفهوم من هذا اللفظ عادة ، وإنما هو في حقيقة الأمر يجري صلحاً ، أي إنه يقوم بالموازنة والتنسيق بين الإدعاءات والدفوع ، والتوفيق بينهما توفيقاً عادلاً ، وفقاً لأحكام الصلح ، وعليه فلا يجوز للحكَم المصالح في تشريعات مصر (مدني م ٥٤٩) وسوريا (مدني م ٥١٧) وليبيا (مدني م ٥٥٦) ولبنان (موجبات م ١٠٣٥) وفرانسا (مدني ٢٠٤٢) . أن يهمل أو يطرح جانباً كل ما يدعيه أحد الطرفين ، وإنما هو يعمل على أن يتنازل كل طرف عن قسم مما يدعيه ، ومن هذا المنطلق تبرز خطورة مهمة الحَكم المصالح ، وفي ذلك يقول الأستاذ أحمد أبو الوفا « إذا كان الإتفاق على التحكيم بالصلح أخطر من التحكيم بالقضاء ، على اعتبار أن الحكم المصالح لا يتقيد بقواعد القانون وأوضاع المرافعات ، وعلى اعتبار أن حكمه لا يقبل أي طعن [1] ، إلا أن التحكيم بالقضاء له خطورته أيضاً ، لأن المحكَّم بالقضاء يملك رفض جميع طلبات أحد أطراف الخصومة ، لأنه « يحكم » بينما الحكم المصالح ، لا يملك ذلك لأنه يجري صلحاً ، والمصالح لا يجوز أن يجرد أحد أطراف الخصومة من كامل ما يتمسك به من حقوق ، وإلا كان هذا الصلح مخبثه ، وكان أداةً للنزول عن كامل حقوق الخصم ، وهو ما نزل عنها ، وما رغب في النزول عنها جميعاً ، وإنما شاء فقط أن ينزل عن بعضها مقابل أن ينزل خصمه أيضاً عن بعض ما يتمسك به أو يعترف له بحقه أو بعضه ، وهذا التقابل في الحقوق والإلتزامات بين الطرفين قد فوض الحكم المصالح بتنسيقه وتحديده ، ولم يفوض بأي حال من

(١) هذا بموجب قانون المرافعات المصري السابق (م ٨٤٧) ، وأخذ به كذلك قانون المرافعات الجديد (م ٥١٠) ، أنظر أيضاً قمحة والسيد بند ٩٤٤ ص ٧٣٣ ، أبو هيف بند ١٣٦٧ ص ٩٢٠ وبند ١٣٧٥ ص ١٢٦ ، هذا ولم يفرق القانون العراقي في هذا الشأن بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء (مرافعات م ٢٧٥).

الأحوال تجريد الخصم من سائر ما يتمسك به من حقوق ، متى كانت هذه الحقوق لها طابع الجدية ، ولم يقصد من الإدلاء بها مجرد المشاكسة ، أو مجرد مواجهة الخصم الآخر بها ، لينزل عن بعض ما يتمسك به نحو الآخر »[1] .

أما بالنظر إلى التشريع العراقي ، فإن المادة ٦٩٨ من القانون المدني ، ومصدرها المادة ٨٥٠ من المجلة ، والتي تقابل مواد التقنينات سالفة الذكر ، وإن كان من الناحية النظرية تجيز للمحكم المصالح أن يأخذ بجميع مدعيات أحد الطرفين ويطرح جانباً كل مدعيات خصمه ، إذ لم يرد فيها نص على أن يتنازل كل واحد من الطرفين المتصالحين عن جزء من إدعائه ؛ غير أن عقد الصلح بمفهومه العام يتضمن هذا المعنى ، وعلى ذلك فالحكم المصالح – على العموم – لا يصح له أن يأخذ بجميع مدعيات أحد الخصوم ، ويهمل كل ما يدعيه الطرف الآخر ، وإنما يقوم – قدر الإمكان – بالتوفيق والتناسق والموازنة بين ما يدعيه كل طرف في النزاع .

وعلى ذلك فان مهمة الحكم المصالح بالنظر إلى التشريع العراقي تعتبر أكبر ، وخطورته أعظم ، إذ يستطيع أن يهمل مدعيات أحد الجانبين بكاملها ، والاعتماد على طلبات الجانب الآخر برمتها إذا أخذ بحرفيّة النص .

وقف إجراءات التحكيم بسبب الإنابات القضائية والمسائل الأولية :

إذا اقتضت مهمة المحكمين إجراء بعض الإنابات القضائية للفصل في النزاع ، كالاستماع إلى شهود خارج العراق ، أو في منطقة بعيدة عن المكان الذي يجري فيه التحكيم ، أو إجراء كشف على محل نائي ويقع ضمن نطاق محكمة أخرى ، أو تطلب الأمر اتخاذ إجراءات معينة كتغريم الشهود لتخلفهم عن الحضور ، أو لإمتناعهم عن الإجابة ، فإن كل ذلك – كما أشرنا – لا تمتد اليه ولاية المحكمين ، ويتعين الرجوع فيه

---

(١) التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح – ص ١٦٦ وعقد التحكيم واجراءاته بند ٧٨ ص ١٩٤ – ١٩٥ .

وما أورده الأستاذ أبو الوفا ، حول الحكم المصالح ، ناجم عن ان القانون المدني المصري (م ٥٤٩) ينص – كما ذكرنا في المتن – على نزول كل من الطرفين المتصالحين عن جزء من إدعائه . كما هو شأن القانون القانون المدني المدني السوري (م ٥١٧) والمدني الليبي (مدني م ٥٥٦) وقانون الموجبات اللبناني (م١٠٣٥) ومصدر جميع هذه المواد هو القانون المدني الفرنسي (م ٢٠٤٤) . أما القانون المدني العراقي (مدني م ٦٩٨) وكذلك المجلة (م ١٨٥٠) والتي هي مصدر المادة العراقية فلم يرد فيهما نص على أن ينزل كل واحد من الطرفين المتصالحين عن جزء من ادعائه .

إلى المحكمة المختصة أصلاً النظر في النزاع لإصدار القرار المقتضي بهذا الشأن (مرافعات م ٢٦٩) ، وتبعاً لذلك يقف سريان الموعد المحدد لصدور قرارهم إلى حين البت في هذه الموضوعات [١] .

كذلك لو عرضت مسألة أولية خلال التحكيم تخرج عن ولاية المحكمين ، كما لو طعن أحد الطرفين بتزوير ورقة تمسك بها الطرف الآخر ، أو إتخذت إجراءات جزائية بصدد تزويرها ، كما لو كان الخصم قد قدم شكوى بها مباشرة إلى حاكم التحقيق ، أو كان قد حرّكها الإدعاء العام . أو وقع حادث جرمي آخر ، كما لو اختلس أحد الخصمين مستنداً ، أو قام بتمزيقه ، فحيث إن جميع هذه الأمور تتعلق بالنظام العام ، فلا يملك المحكم نظرها ، وإنما يعود البت فيها إلى المحكمة المختصة التي يجب الرجوع إليها في هذا الشأن ، وعندئذٍ يتعين عليه أن يطلب إلى الخصوم عرض نزاعهم الطارىء على المحكمة ، وهذا يؤدي بطبيعته إلى وقف عمل المحكمين إلى أن يصدر القضاء قراراً نهائياً فيه ، وهو ما يجرّ إلى قطع الأجل المحدد لإنهاء مهمتهم وإصدار حكمهم ، (مرافعات م ٢٦٨) [٢] .

والمقصود بالمحكمة المختصة في أي شأن يتعلق بالتحكيم ، هي المحكمة التي كان يجب أن يرفع إليها النزاع لو لم يكن هناك تحكيم [٣] . (مرافعات م ١/٢٥٦) .

وعلى العموم فيقف سريان الموعد المحدد إتفاقاً أو قانوناً ، لإصدار المحكمين قرارهم فيه إذا حصل لهم مانع ، أو تعذر عليهم ذلك بسبب قهري ، كما لو توفي احد الخصوم أو زالت صفته ، أوعزل المحكّم ، أو قدم طلب برده ، جاز لكل خصم الطلب إلى المحكمة لأضافة مدة جديدة . ويبقى وقف الميعاد المحدد لهم سارياً إلى أن يزول المانع ، على النحو الذي ذكرناه سابقاً (مرافعات م ٢٥٩ فقرة أخيرة و م٢٦٣) [٤] .

---

(١) قمحة والسيد بند ٩٥٤ ص ٧٣٩ ، أبو هيف بند ١٣٧٩ ص ٩٢٩ ، أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القائم في هذا الشأن .

(٢) تقابل المادتان العراقيتان ٢٦٨ و ٢٦٩ ، المادة ٥٢٦ من قانون أصول المحاكمات السوري . والمادة ٥٠٦ من قانون المرافعات المصري ، وبهذا المآل المادة ٩ من قانون التحكيم الأردني ، أنظر أيضاً قمحة والسيد بند ٩٥٤ ص ٧٣٩ وأبو هيف بند ١٣٧٩ ص ٩٢٩ .

(٣) قمحة والسيد بند ٩٥٣ ص ٧٢٩ هامش رقم (٢) .

بهذا المعنى المادة ٥١٢ من قانون الأصول السوري حيث جاء فيها « ... عينت المحكمة التي يكون من إختصاصها أصلا النظر في تلك المنازعة ..» .

(٤) تنص الفقرة الأخيرة من المادة ٢٥٩ من قانون المرافعات العراقي القائم « لا ينقضي التحكيم بموت=

وبالطبع إن المقصود بالحكم الذي أوجب المشرع على المحكمين إصداره خلال المدة المعينة إتفاقاً أو قضاء هو الحكم الفاصل في الخصومة ، والبات فيها ، وعلى ذلك فلو أصدروا قراراً موقتاً ، أو إعدادياً - تحضيرياً - أو قرار قرينة - تمهيدياً - خلال الأجل ، ثم أصدروا الحكم القاطع للنزاع بعد إنقضائه ، فيعتبر هذا الحكم كأن لم يكن . ويكون للخصوم طرح النزاع على المحكمة المختصة [1] .

وترى محكمة النقض المصرية أنه لا يحق للخصم التمسك بالبطلان بسبب إنقضاء الأجل المحدد لصدور حكم المحكمين ، إذا كان هذا الخصم هو الذي عمل على تعطيل المحكمين عن أداء وظيفتهم [2] .

ثم إن موت أحد الخصوم - كما ذكرنا - لا ينقضي به عقد التحكيم (مرافعات م ٢٥٩ فقرة أخيرة) ، غير أنه يؤدي إلى وقف عمل المحكمين (مرافعات م ٢٦٢ ف ٣) .

عزل المحكمين وطلب ردهم : -

لما كان التحكيم عقداً ، فلا يجوز نقضه أو فسخه من طرف واحد ، ولذلك فقد نص المشرع على عدم جواز عزل المحكم إلا باتفاق الخصوم جميعاً (مرافعات م ٢٦٠) [3] .

أما رد المحكم - تنحيته - فلا يجوز إلا للأسباب التي تظهر بعد تعيينه ، أو تلك السابقة على تعيينه ، ولم يكن الخصم طالب الرد عالماً بها حينذاك (مرافعات م ٢٦١ فقرة ١) [4] . ذلك إن أساس التحكيم ، وأهدافه هو وضع النزاع في يد شخص أو أشخاص

=أحد الخصوم » كذلك تنص المادة ٥١٧ من قانون الأصول السوري « لا ينقضي التحكيم بموت أحد الخصوم ويمدد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً » .

وأضافت المادة ٥١٨ السورية على ذلك : « إذا عين بدل المعزول أو المعتزل ، سواء بحكم من المحكمة باتفاق الخصوم إمتد الميعاد المحدد ثلا ثين يوماً . » ، أبو الوفا - عقد التحكيم بند ٨٥ ص ٢١٣ .

(١) قمحة والسيد - التنفيذ - علماً وعملا بند ٩٤٨ ص ٧٣٩ ، والنقض المصري المشار اليه في الهامش التالي . أبو الوفا - المرجع السابق - ص ٢١٣ - ٢١٤ .

(٢) النقض المصري في ١٩٥٨/٦/١٩ (مجموعة النقض ، ج ٣ مدني سنة ١٩٥٦ - ١٩٦٠ ، تحكيم بند ٧ ص ٢١٩) .

(٣ و ٤) تقابل المادة ٢٦٠ العراقية المادة ٢/٥٠٣ من قانون المرافعات المصري ، والمادة ٨٤٥=

حريصين على علاقتهم بالطرفين ، كرب الأسرة ، أو صديق حميم ، أو محام يثق به الطرفان ، أو شخص من أهل الحرفة أو الصنعة ، أو من خارجها موثوق به ، ومعروف باستقامته وحياده ، ومن ثم يكون الرباط الوثيق بين المحكم والخصوم ، أو بينه وبين أحدهم لا يؤثر في صحة اختياره ، متى كان معلوماً لهم من قبل . أما لو كان أحد الخصوم على جهل بالعلاقة بين المحكم وخصمه ، وكانت هذه العلاقة ذاتها تعد سبباً للرد ، أو من أسباب عدم الصلاحية ، فان علمه بها بعدئذٍ يؤثر حتماً في صحة اختيار المحكم ، فللخصم أن يطلب رده [1] .

هذا ولما كان المحكمون هم حكاماً بالمعنى الخاص . لذلك فقد نص المشرع على أن أسباب ردهم هي نفس أسباب رد الحكام والقضاة (مرافعات م ٢٦١ فقرة ١) . وقد فصلنا القول عن ذلك عند الكلام عن تعيين الخبراء في مبحث مضاهاة الخطوط والتواقيع في الجزء الثالث – المحررات – ، ثم استعرضنا هذه الأسباب مرة أخرى في الجزء الرابع وفي باب الكشف (المعاينة) ، والخبرة ، وعلى كل فهذه الأسباب أوردتها المواد من ٩١ الى ٩٦ من قانون المرافعات ونجملها فيما يلي :

أسباب الرد هذه إما أن تكون إلزامية ، وهذه بحثتها المادة ٩١ من قانون المرافعات . وهي أن يكون المحكم زوجاً ، أو صهراً ، أو قريباً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة ، أو أن تكون له ، أو لزوجه ، أو لأحد أولاده ، أو أحد أبويه ، أو أن يكون وكيلاً لأحد الخصوم .. إلى آخر الفقرات الخمس من هذه المادة التي شرحناها آنفاً ، وإن وجود أي واحد من هذه الأسباب يؤدي إلى بطلان كافة إجراءات التحكيم (مرافعات م ٩٢) .

وقد تكون أسباب الرد جوازية ، وهذه نصت عليها المادة ٩٣ من القانون المذكور ، وهي عندما يكون أحد الطرفين مستخدماً عند المحكم ، أو اعتاد مواكلته أو مساكنته ، أو تلقى منه هدية قبيل اختياره حكماً ، أو بعد ذلك ، أو كانت بينه وبين أحد الطرفين عداوة ، أو صداقة ، أو أبدى رأياً في القضية قبل الأوان .

= من قانون الأصول اللبناني ، وتقابل المادة ٢٦١/١ ، المادة ٥٠٣/٣ من القانون المصري وتقابلهما المادتان ٥١٥ و ٥١٦ من الأصول السوري .

أنظر أيضاً أبو هيف بند ١٣٧٣ ص ٩٢٥ ، مرسي بند ٢٩٥ ص ٥٥٢ ، قمحة والسيد بند ٩٤٦ ص ٧٣٤ . أبو الوفا – عقد التحكيم – بند ٦٨ ص ١٧١ .

(١) بهذا المعنى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القائم، أنظر أيضاً « أبو هيف » بند ١٣٧٠ ص ٩٢٣ قمحة والسيد بند ٩٤٦ ص ٧٣٤ ، مرسي بند ٢٩٧ ص ٥٥٢ .

والأسباب الجوازية هذه متروك تقدير رد المحكم فيها لرأي المحكمة ، فإن حصلت لديها القناعة الكافية ، بأن السبب الذي ذكره طالب الرد يمنع المحكم من أن يعطي قراره بدون تحيز أو بغير ميل في القضية ، فتصدر قرارها بقبول الطلب ، وإلا فتقرر رفضه . وعليها في كلتا الحالتين أن تبني قرارها على أسباب مقنعة وسائغة تؤدي إلى ما انتهت اليه (مرافعات م ٩٣) .

أما المادة ٩٤ منه ، فقد أجازت للحَكَم إذا استشعر الحرج من النظر في النزاع الذي أوكل إليه البت فيه ، أن يعرض على الطرفين أو على المحكمة — حسبما يكون الحال — أمر إعفائه من المهمة .

وبالطبع لا يدخل في أسباب رد الحكَم إختصاصه أو عدم إختصاصه ، وإنما يجوز للخصم أن يطعن في عمل الحكم إذا أجرى عملاً خارج التحكيم بالطرق المقررة قانوناً [1] .

ولا يقبل رد الحكم لأي سبب كان إذا دخل طالب الرد في مناقشة قراره ، إذ يعتبر ذلك منه رضا به لقيامه بالمهمة التي أوكلت إليه ، وإسقاطاً لحقه في طلب الرد (مرافعات م ٩٥ ، وم ٢٦١ فقرة ١) .

وكما يجوز رد المحكمين فرداً فرداً يجوز ردهم جماعة ، متى توفرت أسبابه .

وطلب الرد يقدم إلى المحكمة المختصة (مرافعات م ١/٩٦ وم ٢/٢٦١) مشتملا على أسبابه ، ومرفقاً به ما لدى طالب الرد من أوراق ومستندات مؤيدة لطلبه .

ويترتب على طلب الرد ، وقف المحكم عن العمل، حتى يتم الفصل في طلب الرد (مرافعات م ٩٦ / ٢ و م ٣٦٢ / ٣) .

وعلى المحكم الذي طُلب رده أن يجيب كتابة على وقائع الرد وأسبابه خلال ثلاثة أيام ، والقرار الذي تصدره المحكمة في هذا الشأن يقبل التمييز خلال سبعة أيام اعتباراً من اليوم التالي لتبليغ القرار ، ولا يحكم عند رفض طلب الرد بالغرامات المقررة في المادة ٩٦ مرافعات لأن هذا الإجراء مقرر لصيانة القضاء من عبث المتقاضين . ويكون قرارها واجب الإتباع (مرافعات م ٢١٦ ف ٢) [2] .

---

(١) إستئناف مصر في ١٩٤٠/٣/٩ (المحاماة س ١٠ بند ٢٩٣ ص ٥٨٧) وقد أشار اليه مرقس ص ٥٥٣ .

(٢) كان النص الأصلي لهذه الفقرة ، لا يقبل أي طعن في القرار الذي تصدره المحكمة في رد المحكم ، غير أنه وضع لها نص جديد بالقانون المرقم ١١٦ لسنة ١٩٧٣ والقانون المرقم ٣ لسنة ١٩٧٧ وبموجبه أصبح من الجائز الطعن بهذا القرار بطريق التمييز طبقاً للقواعد المبينة في المادة ٢١٦ المعدلة من هذا القانون .

قرارات المحكمين :

بعد أن ينتهي دور الخصوم من المرافعة ، وينهي المحكمـــون مجتمعين إجراءاتهم وتحقيقاتهم ، في محاضرتهم بعد توقيعهم عليها ، وما أصدروه من قرارات أوليّة ، يعلنون ختام المرافعة ، واختلائهم للمداولة فيما بينهم لإصدار قرارهم في النزاع المطروح عليهم.

ويجب أن تكون المداولة سرية ، وبحضور جميع المحكّمين ، وفيها تحدد النقاط التي يجب أن تدور حولها المناقشة ، ليبدي كل حكم فيها برأيه ، ويبدأ عادة بأصغر المحكمين سناً ، وبعد أن تكتمل المداولة ، فإن اتفقت الآراء ، أو حاز أحدها على الأغلبية المطلقة ، فعندئذ يكون الحُكم بمقتضى هذا الرأي ، وعلى العضو المخالف أن يدون هو الآخر رأيه . وتكون صيغة الحكم وطريقة تحريره ، بالشكل الذي تدون به الأحكام القضائية . وعلى هذا نصت عليه المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات فقالت « ١ – يصدر المحكمون قرارهم بالإتفاق أو بأكثرية الآراء ، بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين ، وطبقاً لما هو مبين في هذا القانون . ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة . ٢ – يجب أن يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص إتفاق التحكيم ، وأقوال الخصوم ، ومستنداتهم ، وأسباب القرار ، ومنطوقه . والمكان الذي صدر فيه ، وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين » .

من هذا يتضح إن حكم المحكمين ، يراعى فيه ما يراعى في سائر الأحكام التي تصدرها المحاكم ، بأن يبدأ أولاً بكتابة الوقائع ، ثم تدون الأسباب ، وبعدها ينتهي الحكم بمنطوق القرار ، وأخيراً يوقع عليه المحكمون بعد أن يوضع له التاريخ .

وعلة إشراط المشرع إشتمال قرار المحكمين على الوقائع ، والأسباب ، وأخيراً المنطوق ، هو ما لحكم المحكمين من أهمية وخطورة ، لا تقل بحال عن الأحكام التي تصدرها المحاكم [1] وإذا كان الحكّام ملزمين في أحكامهم بذكر الأسباب التي حملتهم على قبول إدعاءات الخصوم ، أو ردها ، وما قدموه من دفوع ، وأن تستند أحكامهم على الأسباب التي نص القانون المدني عليها في الباب السادس من الكتاب الأول (مرافعات م ١٥٩) . إذا كان كل ذلك لازماً للحكام وهم – بدون شك – أقدر من المحكمين في وزن وتقدير أدلة الخصوم إدعاء ودفعاً ، بما لهم من اطلاع ودراية بأحكام القوانين ، وما تتوافر فيهم من كفاءات علمية ، وممارسة قضائية ، تؤهلهم للقيام بأعباء القضاء في

---

(١) قمحة والسيد بند ٩٥٣ ص ٧٣٨ ، أبو هيف بند ١٣٨١ ص ٩٣٠ ، أنظر أيضاً المادة ٥٢٧ من قانون أصول المحاكمات السوري . أبو الوفا بند ١٠٩ ص ٢٧٢ .

التوصل إلى إصدار أحكامهم ؛ فإن الحاجة إلى مراعاة ذلك من جانب المحكمين تكون أكبر ، والضرورة أشد ، على أن ما توصلوا اليه كان ناجماً عن تمحيص وعناية ، وتقليب لموضوع النزاع من كافة وجوهه ، ولم يكن مبعثه عاطفة عارضة ، أو شعوراً وقتياً ، وإنما كان مبنياً على علل وأسباب سائغة ومقنعة تؤدي إلى النتيجة التي توصلوا اليها ، مما يرفع عنهم شبهة التحيز، وعدم التحوط واللامبالاة، فتخرج أحكامهم مطمئنة للطرفين ، ومكتسبة إحترام الجميع [1] ، وهذا هو الذي حمل المشرع على تقرير ما جاء في المادة ٢٧٠ المشار اليها بأن يتضمن قرار المحكمين على : —

١ — **الوقائـــع : —**

وهـــي استعراض لإتفاق التحكيم وشروطه ، وموضوع النزاع ، والمكان الذي جرى فيه التحكيم ، وتاريخه، وسرد موجز لأقوال الخصوم، من إدعاءات ودفوع ، وما قام به المحكمون من تحقيقات أو كشف ومعاينة، واستماع شهادات، وما اطلعوا عليه من أوراق ودفاتر ومستندات ، سواء تلك التي تقدم بها الخصوم ، أو اطلعوا هم عليها بنتيجة تحرياتهم وأبحاثهم ، وغير ذلك من الإجراءات التي قاموا بها من أول الأمر إلى حين صدور قرارهم .

٢ — **الأسبـــاب :**

وتتضمن عرض أدلة الطرفين ، ومستنداتهما ، ومناقشتها بصورة تفصيلية ، وتبيان الأسانيد القانونية التي اعتمدوها بشكل مبسط ، لا غموض فيه ولا إبهام ، وبعيد عن العمومية ، وقائم على أسباب الثبوت القانونية ، ومبني على قواعد العدل ، أو الأعراف التجارية أو المحلية المستقرة ، مما أقنع المحكم بما حكم به ، وحمله على الإتجاه في حكمه إلى أن اطمأن إليه ضميره واستقر عليه رأيه . فإن خلا الحكم من الأسباب كان باطلاً .

ومن أسباب حكم المحكمين : عقد التحكيم أو مشارطته ، والمستندات المقدمة من قبل الطرفين ، وما قام به المحكمون من إجراءات وتحقيقات ، كالانتقال إلى محل النزاع لإجراء الكشف والمعاينة ، أو إلى شهادات الشهود أو إلى خبرة من رؤي الإستعانة بهم من الخبراء . (مرافعات م ١٢٦٦ ف / ١) م ٥٢٧ أصول سوري) .

كذلك يجوز أن يكون من أسباب الفصل في النزاع ، الطلبات أو المستندات المقدمة

---

(١) قمحة والسيد (المرجع السابق) ، أبو هيف (المرجع السابق) . أبو الوفا بند ١٠٩ و ١١٠ .

من طرف واحد ، فيما إذا تخلف الطرف الآخر عن تقديم ما لديه من أوجه الدفاع خلال المدة التي حددها المحكمون له ، بدون معذرة مشروعة (مرافعات م ٢٦٦ ف ١ / ٢).

٣ – المنطـــوق :

أو القرار – أو الفقرة الحكمية – كما يطلق عليه في العراق – وهو الجزء الذي يفصل في موضوع النزاع ، والطلبات المطروحة على المحكمين ، أي البت في الوقائع المتنازع عليها سلباً أو إيجاباً ، بشكل صريح ، وقيل أنه يكفي فيه المنطوق الضمني [١] .

وليس شرطاً أن يتضمن المنطوق الحكم بجميع طلبات أحد الطرفين أو رفضها كلية ، وإنما يجوز أن يحكم ببعض الطلبات ورفض الباقي ، أو بجزء من الطلب ورد الأجزاء الأخرى ، إستناداً إلى ما جاء في الأسباب .

هذه هي مشتملات ، أو أجزاء الحكم ؛ فإذا اكتملت جميعها من وقائـــع وأسباب ، ومنطوق ؛ يوقع المحكمون على كل ورقة من أوراقه ، ويذكر المكان الذي جرى فيه إعداده وتنظيمه ، ويوضع له التاريخ ، ثم يسلم مع أصل اتفاق التحكيم والوثائق والمستمسكات خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إلى المحكمة المختصة بالنظر في النزاع لقاء وصل (مرافعات م ٢٧١) .

ولا بد أن نؤكد مرة أخرى ، ما سبق وذكرناه ، وهو أن إجراءات التحكيم ، وكذلك صيغة الحكم والقرار ، يجب أن تكون كتابة وصادرة عن المحكمين جميعاً ، وبشكل موحد ، فلا يجوز أن ينفرد كل واحد منهم بتدوين قرار مستقل ، وإنما إذا خالف أحدهم ، أو إختلفوا فيما بينهم ، – فكما هو الحال في قرارات المحاكم – تقوم الأكثرية المتفقة بالرأي بتدوين القرار ويشرح العضو المخالف أسباب مخالفته في ذيله (مرافعات م ٢٦٧ و ٢٧٢) . وبهذا المعنى المادة ١٨٤٤ من المجلة . والمادة ٥٢٧ من قانون الأصول السوري .

وقد يحدث أن ينسحب بعض المحكمين ، أو يمتنع عن التوقيع في آخر لحظة ، ففي هذه الحالة يعتبر القرار صحيحاً إذا وقعه أغلبية المحكمين ، وأشير إلى إمتناع أو إنسحاب أو عدم حضور الباقين ، غير أنه يشترط في هذا الحالة أن يكون الجميع قد دعوا إلى الإجتماع على الوجه الصحيح للمداولة وإصدار الحكم [٢] .

---

(١) أبو الوفا – عقد التحكيم – بند ١١٢ ص ٢٨١ والهامش رقم (٢) .
(٢) أبو هيف بند ١٣٨٠ ص ٩٢٩ – ٩٣٠ .

وليس واجباً على المحكمين – كما هو الحال لدى المحاكم – أن يستجيبوا لطلب الخصوم بفتح باب المرافعة من جديد إذا رأوا إن النزاع قد استكمل كافة وجوهه ، وإنما لهم إهمال الطلب وإمضاء القرار .

وقد جاء في قرار لمحكمة إستئناف مصر المختلطة « لا يعتبر المحكمون متجاوزين حدود سلطتهم إذا هم لم يسمحوا بفتح باب المرافعة من جديد بناء على طلب أحد الطرفين وأمضوا الحكم بالأغلبية رغم احتجاج وانسحاب أحد المحكمين وشرحه »[1] .

وعلى المحكّمين إعطاء صورة من القرار لكل من الطرفين ، وتسليم القرار مع أصل الاتفاق على التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال الأيام الثلاثة التالية لصدوره بوصل موقع عليه من كاتب المحكمة (مرافعات م ٢٧١) .

وقرار المحكمين هذا لا يمكن تنفيذه لدى دوائر التنفيذ إلا بعد مراجعة أحد الطرفين المحكمة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع ، والطلب اليها المصادقة على حكم المحكمين ودفع الرسوم المقررة لذلك[2] (مرافعات م ١٧٢ / ف ١) .

وبالطبع أن هذا الحكم لا ينفذ إلا في حق الخصوم الذين حكموهم ، وفي الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله (مرافعات م ٢٧٢ / ١ ف ٢) .وعلى هذا نصت المجلة أيضاً (م ١٨٤٢) .

ويترتب على حكم المحكمين أن يكون له بين الخصوم جميع الآثار التي تكون للحكم القضائي ، فيكون حجة بما فيه ، فيمتنع سماع الدعوى في ذات الموضوع أمام المحاكم ، ويكون مثبتاً لما فيه باعتباره قانون المتعاقدين[3] . كما سنفصل ذلك عند الكلام عن حجية أحكام المحكمين .

هذا وقد جرى خلاف حول الوقت الذي تترتب عليه آثار حكم المحكمين ، هل هو وقت النطق بالحكم ، أم الوقت الذي تمت فيه المداولة واتفق المحكمون فيه على الحكم ،أم الوقت الذي كتب فيه الحكم وأمضاه المحكمون؟. الرأي الراجح هو الأخير[4] .

---

(١) القرار المؤرخ ١٨٩٦/٤/١٥ (المجموعة المختلطة س ٨ ص ٢٠٧) ، وقد أشير اليه في « أبو
(٢) بهذا المعنى قرار المحكمة التميز رقم ٨٢٠/م٩٧٣/٢ في ١٩٧٤/٣/١٩ (النشرة س ٥ ع ١ ص ٢٨١) .
(٣) أبو هيف بند ١٣٨٠ ص ٩٣٠ والهامش رقم ٢ .
(٤) كارسونيه ج ٨ بند ٣٠٧٠ والهامش رقم٣ الذي أشار فيه إلى الأحكام المتناقضة في هذا الباب .
أبو هيف بند ١٣٨٠ ص ٩٣٠ وهامش رقم ٤ ورقم ٥ ، والأحكام التي ذكرها في الهامش الأخير .
أبو الوفاء – عقد التحكيم – بند ١٠٩ ص ٢٧٢ – ٢٧٤ .

الحالات التي يجوز فيها ابطال حكم المحكمين :

إذا أذعن الخصوم طوعاً واختياراً لحكم المحكمين . فليس هناك ما يدعو لمراجعة المحكمة ؛ أما لو امتنع أحد الخصمين عن الإنصياع لحكمهم ومن إنفاذه ، فعندئذ تدعو الحاجة خصمه الآخر إلى أن يتقدم إلى المحكمة المختصة أصلاً بالنظر في النزاع بدعوى طالباً إليها – حسب الأحوال – إما المصادقة على الحكم أو تعديله أو إبطاله كلاً أو قسماً ؛ أي إن المشرع جعل هذه المرحلة هي السبيل لتحقيق إعتراضات الخصوم ومراقبة القضاء على إجراءات المحكمين وعلى حكمهم ؛ وعندئذٍ تعيّن المحكمة موعداً للمرافعة . وتدعو الخصوم اليها لإستماع أقوالهم وإدعاءاتهم ودفوعهم وما يثيروه من أوجه البطلان في الحكم ، سواء من ناحية إنكار مبدأ التحكيم في ذاته أو بجحود مشارطته أو بسقوطها . أو الإدعاء بأوجه البطلان الأخرى . غير أن للمحكمة بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسها [1] أن تثير أسبـاب البطلان . حتى وإن لم يتذرع بها أحد الخصوم وأن تقرر إبطال الحكم إذا قام أحد الأسباب التي نصت عليها المادة ٢٧٣ [2] من قانون المرافعات وهي : –

١ – إذا صدر القرار بدون دليل كتابي على عقد التحكيم أو شرطه . كما لو صدر القرار استناداً على شهادات الشهود ، أو القرائن . أو اليمين . أو على بيانات وأقوال الخبراء ، أو على الكشف والمعاينة .

٢ – إذا خرج القرار عن حدود الإتفاق ، أو عن الخصوص الذي جرى التحكيم من أجله ، كما لو كان الإتفاق قاصراً على تشييد مستشفى . وادعى المقاول أنه أقام بجانب المستشفى داراً للطبيب ، وتضمن قرار المحكمين فقرة حكمية بشأن هذه الدار ؛ كذلك لو كان الإتفاق يقضي عدم إحتساب فوائد أو أضرار عن تأخير تنفيذ العقد لمدة معينة ، وبالرغم من ذلك ، قرر المحكمون تقدير التعويض عن تلك الأضرار ، أو احتساب فوائد لها .

وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية « التحكيم طريق إستثنائي لفض الخصومات ، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية ، وما تكفله من ضمانات ، فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ولا

---

(١) بهذا المعنى المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات القائم .

(٢) تقابلها المادة ٥١٢ من قانون المرافعات المصري ، والمادة ٨٤٠ من قانون الأصول اللبناني ، والمادة ٢٦٥ من قانون المرافعات الكويتي ، والمادة ١٣ من قانون التحكيم الأردني ، والمادة ٥٣٤ من الأصول السوري .

يصح تبعاً إطلاق القول في خصوصه بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أبطل حكم هيئة التحكيم ببطلان عقد شركة لعدم مشروعية الغرض منها، وذلك بناء على أن مشارطة التحكيم لم تكن لتجيز ذلك، لأنها تقصر ولاية المحكمين على بحث المنازعات الخاصة بتنفيذ عقد الشركة ، فضلاً عما إعترض به أمام هيئة التحكيم من أنها ممنوعة من النظر في الكيان القانوني لعقد الشركة ، فهذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شيء » [1] .

والبطلان هنا نسبي ، أي أنه لا يتعلق بالنظام العام ، ولذلك فيجب أن يتمسك به الخصوم أمام المحكمة ولا يجوز لها أن تقضي به من تلقاء نفسها [2] .

٣ — إذا بني القرار على اتفاق باطل أصلاً ، كما لو كان أصل العقد وارداً على المتاجرة بالمخدرات ، أو على فتح محل للمقامرة ، أو على الحصة الإرثية التي ستئول إلى أحد الخصمين ، أو على أي عقد آخر محرم قانوناً [3] . على أن هذه الأمور مما تدخل ضمن موضوع النظام العام التي سنتكلم عنها في الفقرة التالية .

٤ — إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب ، وموضوع النظام العام من الأمور المعقدة التي لم يهتد فقهاء القانون إلى رأي معين بشأنها ، أو وضع تعريف خاص لها . إذ هو مسألة غير مستقرة تتغير بحسب الظروف والزمان والمكان ، فما يعتبر من النظام العام في بلد ، قد لا يعتبر في بلد آخر ، فالزواج بأكثر من واحدة — مثلاً — مقبول في العراق وأكثر البلاد الإسلامية ، غير أنه محرم في البلدان الغربية .

على أنه من المقرر بصورة عامة إن النظام العام ، قوامه فكرة المصلحة الجوهرية الأساسية للمجتمع ، سواء أكانت هذه المصلحة سياسية أم إجتماعية أم أدبية [4] .

ولهذا أيضاً فقد درجت أغلب التشريعات ، ومنها التشريع العراقي على عدم وضع تعريف خاص لمعنى النظام العام ، وتركت تقديره لفطنة القاضي وذكائه ، ومعرفته

---

(١) القرار المؤرخ ١٩٥٢/١/٣١ (مجموعة القواعد ج ١ ، المكتب الفني ، مدني ، تحكيم بند ٧ ص ٣٩٧) .

(٢) عقد التحكيم وإجراءاته — أبو الوفا — بند ٥٣ ص ١٤٥ .

(٣) أنظر في هذا الشأن أيضاً المواد ١/١٢٧ و ٣/١٢٨ و ٢/١٢٩ و ٢٢١/١٣٠ و ٢/١٣٢ و ١٣٧ و ١٣٨ و ١٣٩ و ١٤١ من القانون المدني .

(٤) أنور سلطان — النظرية العامة للالتزام — بند ١٧٩ .

هذا وكنا قد بحثنا في الجزء الرابع من كتابنا — نظرية الإثبات—موضوع النظام العام بتفصيل أكثر عند الكلام عن حجية الأمر المقضى (ص ١٤٦ وما بعدها) فيحسن الرجوع إليه .

بالأحوال والعادات ، ولا مانع إن تعذر عليه تقدير أمر ما بنفسه من أنه يدخل في نطاق النظام العام أم لا ، أن يستعين عـلى حله بواسطة الخبراء . وقد نصت المادة ٣٢ من القانون المدني « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي قررته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في العراق » . والنص العراقي هذا يؤيد ما سبق وذكرنا من أن مفهوم النظام العام في بلد ما ، يجوز أن يكون له مفهوم مختلف عما هو في بلد آخر ، ولذلك فقد صرحت هذه المادة ، على أن أحكام القانون الأجنبي لا يمكن تطبيقها في العراق إذا كانت مخالفة لما هو معتبر من النظام العام في العراق ؛ يضاف إلى ذلك أن القانون المدني في المواضع الأخرى التي أشار فيها إلى النظام العام ، ترك تقدير مفهومه ، وماهيته إلى المحكمة ، فقال في الفقرة الأولى من المادة ١٣٠ منه « يلزم أن يكون محل الإلتزام غير ممنوع قانوناً ، ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب وإلا كان باطلاً » . أما ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٢ منه عن بعض الحالات التي إعتبرها من النظام العام في العراق ، فقد جاءت — كما هو نص هذه الفقرة — على وجه التخصيص وليس على سبيل الحصر ، حيث قالت « ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث ، والأحكام المتعلقة بالإنتقال ، والإجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار ، والتصرف في مال المحجور ، ومال الوقف ، ومال الدولة ، وقوانين التسعير الجبري ، وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الإستثنائية » .

كذلك يعتبر التعامل بما هو محرم بموجب القوانين الخاصة لأي سبب كان من النظام العام ، كالتعامل بالأسلحة والأفيون أو الحشيش أو بأوراق العملات المزورة وما شاكل ذلك [1] .

وهنا يثور سؤال ، وهو ما هو الوقت الذي يعتبر فيه أمر ما ، من النظام العام ، هل هو وقت إنشاء العقد ، أم وقت المطالبة بتنفيذه ، أم وقت صدور الحكم فيه ؟

فقد قيل إن العبرة في ذلك هو وقت نشوء العقد ، لأن الطرفين حددا إرادتهما وظروفهما باختيارهما ، وارتبطا به في ذلك الوقت ، وإن الفقرة الثانية من المادة ٤٨٨ من القانون المدني ، نصت على حكم مماثل ، فقالت « يقدر الإلتزام باعتبار قيمته وقت تمام العقد ، لا وقت تنفيذه » . وهناك من يرى إنه يجب أن يطبق في هذه المسألة الوقت

---

(١) عقد التحكيم — أبو الوفا — بند ٢٩ ص ٧٧ .

الذي صدر فيه الحكم ، نظراً لما تتركه من أثر مهم عند تطبيقها . وبهذا الرأي أخذ الفقه العراقي في مسألة الاتفاقيات النفطية [1] .

أما الأمور المخالفة للآداب فمفهومها هي الأخرى مختلف في بلد عنه في البلد الآخر ، فيجوز فتح ناد للعراة في بعض البلدان الأوربية – كألمانيا الغربية مثلاً – غير أنه محرم في العراق وبقية البلاد الإسلامية . ومن أمثلة الأمور المخالفة للآداب . كما لو ورد العقد على المتاجرة بالفواحش، أو على التعاقد على فتح محل للمقامرة . فحيث أن التعاقد على هذه الأمور باطل ، فالتحكيم بشأنها ، وكذلك القرار الصادر في أية مسألة فيها يعتبر باطلاً أيضاً . لأنه إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه (المجلة م ٥٢) .

٥ – إذا خالف القرار التحكيمي قاعدة موضوعية أو إجرائية من قواعد التحكيم ، كما لو أصدر المحكمون قرارهم بدون معذرة بعد الأجل المعين لهم إتفاقاً أو قضاء (مرافعات م ٢٦٢) . أو قاموا باستماع شهادات الشهود بطريق الإنابة بدون الرجوع إلى المحكمة (مرافعات م ٢٦٩) . أو لم يمكّنوا الخصوم من سماع أقوالهم والدفاع عن حقوقهم . وجاء في قرار لمحكمة إستئناف مصر « حق الدفاع حق مقدس ، وبخاصة في مسائل التحكيم ، إذ يجب أن يتوفر فيه كل الضمانات اللازمة للمحافظة على حقوق الطرفين ، وإلا انقلبت الغاية من التحكيم ، وأصبح شراً على المتحاكمين ، ومجرد الإخلال به كاف لبطلان حكم المحكمين » [2] .

٦ – إذا وقع خطأ جوهري في القرار ، أو في الإجراءات ، التي تؤثر في صحته ، كما لو أصدر المحكمون كل واحد قراراً على حدة ، أو كان القرار غير مسبب ، أو خالياً من التاريخ أو من توقيع المحكّمين (مرافعات م ٢٦٧ وم ٢٧٠ فقرة ٢) .

٧ – إذا تحقق سبب من الأسباب التي ذكرتها المادة ١٩٦ من قانون المرافعات التي تجيز إعادة المحاكمة من أجلها ، وهي التي تقوم في أساسها على الغش والمخاتلة مما يفسد القرار ، وهذه الأسباب هي [3] : –

أ – إذا وقع من الخصم الآخر غش في الدعوى ، كان من شأنه التأثير في الحكم .

ب – إذا حصل بعد الحكم إقرار كتابي بتزوير الأوراق التي أسس عليها الحكم ، أو قضي بتزويرها .

---

(١) الأستاذ هاشم العلوي – مجلة القضاء س ٢٦ ع ٤ ص ٤٧ .

(٢) القرار المؤرخ ١٩٣١/٦/٣٠ (الجدول العشري الثاني – مرافعات – بند ١٢٩٩ ص ٢٦٧) .

(٣) بهذا المآل المادة ٥٣٣ من قانون الأصول السوري .

ج – إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد ، وحكم عليه بشهادة الزور .

د – إذا حصل طالب الإعادة بعد الحكم على أوراق منتجة في الدعوى ، كان خصمه قد حال دون تقديمها .

وبعد مصادقة المحكمة على قرار المحكمين ، إذا ظهرت إشكالات عند تنفيذه كتفسير بعض العبارات التي بدت للدوائر التنفيذية إنها غامضة ، أو مبهمة ، فإن المحكمة المختصة هي التي تقوم بتفسيرها وإيضاحها لا المحكمون [1] .

هذه هي أوجه بطلان حكم المحكمين التي يجوز للخصوم التمسك بها لدى المحكمة المختصة ، بعد طرح النزاع عليها – وكما ذكرنا – يجب أن يسار فيها بالطريق التي شرعها القانون [2] .

وللمحكمة بعد أن تبحث في قرار المحكمين وتدققه. إما أن تصدقه، إذا جاء موافقاً لقواعد التحكيم ، ولم تجد فيه مخالفة لقواعد النظام العام والأدآب ، ولم يخرج عن حدود الإتفاق ، أو الخصوص الذي جرى التحكيم فيه ، وليس فيه خطأ جوهري في الإجراءات أو سبب من أسباب إعادة المحاكمة، كما لها إن رأت أن فيه لبساً، أو غموضاً– سواء أكان ذلك في الإجراءات، أم في صلب المنطوق – أن تبطله كلاً أو قسماً أوأن تعيده إلى المحكمين لتوضيحه وجلائه ، أو لإستكمال نواقصه ، وإصلاح العيوب التي شابته ؛ كما ولها أيضاً إن وجدت إن الإجراءات التي قام بها المحكمون غير صحيحة،وإن القضية صالحة للفصل فيها ، أن تطرح حكم المحكمين جانباً ، وتحكم في النزاع بنفسها وفقاً للقانون (مرافعات م ٢٧٤) .

وجاء في قرار لمحكمة التمييز « إن أخذ المحكمة بقرار المحكمين المستند على وقائع ثابتة ، تصلح أن تكون سبباً للحكم طالما كان المحكمون لم يتجاوزوا الوقائع الواردة في الدعوى فيكون من حق المحكمة تصديق قرارهم » [3] .

---

(١) بهذا المعنى العبارة الأخيرة من المادة ٨٤٠ من قانون أصول المحاكمات اللبناني ، وقمحة والسيد – المرجع السابق – بند ٩٥٩ ص ٧٤٤ .

(٢) بهذا المآل قرار لمحكمة النقض المصرية في ١٩٣٢/١٢/٢٢ (مجموعة النقض ج ٣ مدني ، المكتب الفني ، تحكيم بند ٨ ص ٢٩٨ .

(٣) القرار المرقم ٥٣٣ و ٥٨٩/م ١ / ١٩٧٢ . وتاريخ ١٩٧٢/١١/٥ (النشرة القضائية س ٣ ع ٤ ص ١٦٤) . بنفس المعنى القراران في النشرة القضائية س ٥ ع ١ ص ٢٨٠ و ٢٨١ .

طرق الطعن بأحكام المحكمة بشأن التحكيم :

الحكم الذي تصدره المحكمة إما بالمصادقة على قرار المحكمين أو تعديله أو إبطاله كلاً أو قسماً — شأن بقية أحكام المحاكم الأخرى — يجوز للخصوم أن يطعنوا فيه ، بكافة الطرق فيما عدا الإعتراض ، أي انه يقبل الإستئناف والتمييز وتصحيح القرار وإعادة المحاكمة (مرافعات م ٢٧٥) [1] . وعلة عدم قبول الإعتراض على قرارات المحكمين ، هو ان عقد التحكيم قد تم برضا الطرفين ، فإذا تخلف أحدهما عن الحضور ، فإنه يكون قد قصر في حقه فلا يلومن إلا نفسه ، ولذلك فلا يقبل من الخصم أن يعترض على حكم لم يرع هو حرمته ، هذا بالإضافة إلى أن الإعتراض لا ينسجم مع السرعة التي هي من أهم مقاصد التحكيم [2] .

وكما يجوز التنازل عن طرق الطعن للأحكام القضائية ، وفقاً للمادة ١٦٩ من قانون المرافعات ، فهو جائز ، حتماً بالنسبة للتحكيم أيضاً تطبيقاً للمادة ٢٧٥ من نفس القانون .

هذا ولم يقبل المشرع السوري تمييز أحكام المحكمين (الأصول م ٥٣٠) ؛ غير أنه أجاز إستيناف هذه الأحكام ما لم يكن المحكمون مفوضين بالصلح ، أو كانوا محكمين في الإستيناف ، أو كان الخصوم قد تنازلوا صراحة عن هذا الحق ، أو كان موضوع أو قيمة النزاع مما لا يجوز فيه قبول الإستيناف (الأصول م ٥٣٢) . وبهذا المعنى المادة ٢٦٤ من قانون المرافعات الكويتي . والفقرة (٣) من المادة ١٨ من قانون التحكيم الأردني .

أما المشرع المصري فلم يقبل الطعن في حكم المحكمين بطريق الإستيناف بداعي أن هذا الحكم ليس حكماً قضائياً ، (مرافعات م ٥١٠) . وأجاز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر ، إذا قام أحد أسبابها (مرافعات م ٥١١) . غير أن ذلك لا يمنع من إقامة دعوى البطلان في الحالات المشار إليها . (مرافعات مصري م ٥١٢) .

كذلك أجاز المشرع اللبناني للطرفين بنص خاص التنازل عن حق الإستيناف لحكم المحكمين سواء أوقع ذلك في عقد التحكيم ، أم بعد إصدار المحكمين قرارهم . (الأصول م ٨٣٧ فقرة ٢) . كما لم يجز أن يقدم بشأنه إعتراض الغير (الأصول م ٨٣٨) . كذلك لم يقبل إستيناف حكم المحكمين المطلقين — المصالحين — (الأصول م ٨٤٨) .

---

(١) أنظر القرار المرقم١٩٦٩/٧١٩ بداءة بغداد، والقرار المرقم١٩٦٩/١٥٠ بداءة الكرخ الذين طعن فيهما بداءة واستئناف وتمييزاً برقم ٣٥٥ هيئة عامة أولى ١٩٨١ (النشرة القضائية س ٣ ع ٢ ص ١٥٨-٦٢).

(٢) قمحة والسيد — التنفيذ علماً وعملا — بند ٩٥٦ ص ٧٤١ ، أبو هيف — طرق التنفيذ والتحفظ — بند ١٣٨١ ص ٩٣١ .

ويجب أن يراعى في طرق الطعن بهذه الأحكام جميع الإجراءات والقواعد المقررة في قانون المرافعات لطرق الطعن في أحكام المحاكم ، سواء فيما يختص بالإستيناف أو التمييز وغيرهما ، أي بالنسبة للمواعيد التي يجب أن يقدم فيهما الطعن ، والشروط الواجب توفرها في عريضته ، وكيفية إحتساب المدد المقررة لهذه الطعون [1] .

حجية أحكام المحكمين : ـ

بعد إكتساب حكم المحكمين الدرجة النهائية ، يحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضى ، أي أنه يكتسب نفس حجية أحكام المحاكم النهائية ؛ ولذلك فلا يجوز معاودة الخصومة فيما قضى به المحكمون ، شأنه في ذلك ، شأن الأحكام الصادرة من المحاكم [2] . غير أنه لا يكتسب هذه الحجية ، ولا ينفذ لدى دوائر التنفيذ إلا بعد مصادقة المحكمة عليه (مرافعات م٢٧٢/١).
وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية «متى كان الثابت إن طرفي الخصومة قد لجأ إلى التحكيم فيما كان ناشباً بينهما من منازعات متعددة بشأن زراعة الأطيان المملوكة لهما ، وكان حكم المحكمين قد فصل بصفة نهائية في هذه المنازعات ، وقضى لأحدهما بأحقيته في إستلام أطيان معينة بما عليها من الزراعة ، وكانت هذه الزراعة قائمة في تلك الأرض فعلاً وقت صدور حكم المحكمين ، فأن أحقية المحكوم له للزراعة المذكورة تكون أمراً مقضياً له بموجب حكم المحكمين ضد الخصم الآخر ، وتكون دعوى هذا الأخير بطلب أحقيته لهذه الزراعة مردودة الحكم ، من قوة الأمر المقضى ومن حجيته قبله» [3] .
وعلى هذا نصت أيضاً المادة ١٨٤٨ من المجلة فقالت « كما إن حكم الحكام لازم الإجراء في حق جميع الأهالي الذين داخل قضائهم ، كذلك حكم المحكمين في حق من حكمهم وفي الخصوص الذي حكموا به لازم الإجراء ، بناء عليه ليس لأحد الطرفين أن يمتنع من قبول الحكم الذي وقع من المحكمين إذا كان موافقاً لأصوله المشروعة » .
وجاء في قرار لمحكمة التمييز «قرار المحكمين يكون سبباً للحكم إذا كان موفقاً للقانون [4] .

كذلك لا يعتبر المشرع المصري حكم المحكمين قابلاً للتنفيذ إلا بأمر قاضي التنفيذ (مرافعات م ٥٠٩) .

وحكم المحكمين لا ينفذ إلا في حق الخصوم الذين حكموهم فقط وفي الخصوص

---

(١) ابو هيف – المرجع السابق . بند ١٣٨٢ ص ٩٣١ – ٩٣٢ .
(٢) عقد التحكيم – أبو الوفا – بند ١٢٥ ص ٣١٩ .
(٣) القرار المؤرخ ١٩٥٧/٣/١٤ (مجموعة القواعد القانونية ، مدني ، ٩٥٥ – ٩٦٠ ، المكتب الفني ج ٣ بند ٤ ص ٢١٩ .
(٤) القرار المرقم ٥٣٣/م١٩٧٢/١ في ١٩٧٢/١١/٥ (النشرة القضائية س ٣ ع ٤ ص ١٦٧) .

الذي جرى التحكيم من أجله . (مرافعات م ٢٧٢ فقرة٢). وهذه الفقرة تطابق المادة ١٨٤٢ من المجلة .

أجور المحكمين :

يجوز للطرفين أن يحددا أجور المحكمين بالإتفاق معهم عليها في عقد التحكيم نفسه ، كما يجوز أن يكون ذلك باتفاق لاحق أو مستقل ، وإلا فتحددها المحكمة المختصة بنظر النزاع ، إما في حكمها ، أو في قرار لاحق أو مستقل ، وبذلك يتجنب المحكمون إقامة دعوى بهذه الأجور .

وقرار المحكمة هذا يجوز التظلم فيه لدى المحكمة نفسها ، والحكم الذي تصدره بعد التظلم يجوز الطعن فيه تمييزاً (مرافعات م ٢٧٦) . كما هو الحال بشأن التظلم والتمييز للأوامر التي تصدرها المحكمة في القضائين الولائي والمستعجل ، وفقاً لما هو مقرر في المادتين ١٥٣ و ٢١٦ [1] من قانون المرافعات .

ويعتبر الخصوم جميعاً متضامنين في دفع أجور المحكمين ومصروفاتهم ، كما هو الحال في تعيين وكلاء متعددين ، لجملة أشخاص ، حتى وإن لم يكن هناك إتفاق بين الخصوم على ذلك، أو خرج المحكمون عن حدود الإتفاق المصرح لهم به، لان أجورهم هذه مقابل أتعابهم وما قاموا به من عمل ، وأنفقوا من وقت ، إلا إذا كان عملهم نفسه

---

(١) تنص المادة ١٥٣ من قانون المرافعات « ١ – لمن يصدر الأمر ضده وللطالب عند رفض طلبه أن يتظلم لدى المحكمة التي أصدرته خلال ثلاثة أيام من تاريخ إصدار الأمر أو من تاريخ تبلغه ، وذلك بتكليف الخصم الحضور أمام المحكمة بطريق الإستعجال. ٢ – يجوز رفع التظلم تبعاً للدعوى الأصلية في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أثناء المرافعة بالجلسة . ٣ – تفصل المحكمة في التظلم على وجه الإستعجال بتأييد الأمر أو الغائه أو تعديله ويكون قرارها قابلا للتميز » .

وتنص المادة ٢١٦ منه المعدلة بالقانون رقم ١٩٧٣/١١٦ « ١ – يجوز الطعن بطريق التميز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل ، وفي الحجز الإحتياطي ، والقرارات الصادرة في التظلم من الأوامر على العرائض ، والقرارات الصادرة بإبطال عريضة الدعوى ، أو بوقف السير في الدعوى وإعتبارها مستأخرة حتى يفصل في موضوع آخر ، والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطتين ، أو برفض الإحالة لعدم الإختصاص القيمي أو المكاني ، أو قرار رد تصحيح الخطأ المادي في الحكم ، أو قرار قبوله، وقرار تحديد أجور المحكمين ، وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار ، أو إعتباره مبلغاً. ٢ – يكون الطغى تمييزاً في القررات المذكورة في الفقرة (١) من هذه المادة لدى محكمة استيناف المنطقة إن كانت صادرة من محكمة البداءة أو محكمة الصلح ، ويكون الطعن لدي محكمةالتميز إن كانت القرارات صادرة من المحاكم الشرعية أو محاكم المواد الشخصية أومحاكم الاستيناف ، ويكون القرار الصادر بنتيجة الطعن واجب الإتباع . ٣ – لا يقبل تميز الأوامر على العرائض إلا بعد التظلم لها أمام من أصدرها طبقاً لما هو مبين في المادة (١٥٣) من هذا القانون (لقد أدرجنا الفقرة (٢) وفق التعديل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧) .

باطلاً فلا يستحقون عليه أجراً [1] .

ويصح أن يترك الطرفان للمحكمين أنفسهم تقدير أجورهم ومصاريفهم مقدماً . غير أن ذلك لا يمنع من إلتجاء الخصوم إلى القضاء للحط من هذه الأجور [2] .

هذا فيما إذا أذعن الخصوم طوعاً واختياراً ، لحكم المحكمين ، أما لو امتنع أحد الأخصام من الانصياع للحكم ، ورفض تنفيذه ، مما حمل خصمه الآخر على اللجوء إلى إلى القضاء ، إما للمصادقة على الحكم ، أو لتعديله ، أو إبطاله ، فحينئذ تكون خصومة قد قامت لدى القضاء ، تسري عليها القواعد العامة ، وهذه تقضي بأن يتحمل الخصم الذي خسر الدعوى كافة المصاريف (مرافعات م ١٦٦) . وبهذا قرار لمحكمة التمييز ، جاء فيه « يتحمل من خسر الدعوى مصاريف التحكيم استناداً لحكم المادة ١٦٦ مرافعات » [3] .

---

(١) و (٢) أبو هيف ص ٩٢٥ هامش رقم ١ والقرارات العديدة التي أشار اليها في هذا الهامش ، مرسي بند ٢٩٥ ص ٥٥٢ .

(٣) القرار المرقم ٢٥٠/م٢/١٩٧٣ وتاريخ ١٩٧٣/٦/٢٥ . (النشرة القضائية س ٤ ع ٢ ص ٢٦٥) .

آثار للمؤلف

(أ) الكتب :

١ – نظرية الاثبات ج ١ : القواعد العامة والاقرار واليمين سنة ١٩٤٨ في ٢٦١ صفحة .
٢ – نظرية الاثبات ج ٢ : الشهادة ، سنة ١٩٥١ في ٧٣٤ صفحة .
٣ – نظرية الاثبات ج ٣ : المحررات أو الأدلة الكتابية سنة ١٩٧٥ في ٦٢٠ صفحة .
٤ – نظرية الاثبات ج ٤ : القرائن وحجية الأحكام والكشف والخبرة سنة ١٩٧٧ في ٣٨٤ صفحة .
٥ – الاثبات بالمحررات في الشريعة الإسلامية ومواد الأحوال الشخصية والقضايا الجزائية ، ١٩٧٥ .
٦ – الوجيز في التحكم شرعاً وقانوناً ، ١٩٧٧ .

(ب) : المقالات :

١ – منطوق القانون وروحه : جريدة الزمان ، ٤ نيسان ١٩٣٦ .
٢ – ملاحظات حول قانون الخدمة المدنية ، جريدة الزمان ٦ مايس ١٩٣٦ .
٣ – الجريمة الكبرى والجريمة الصغرى في قانون الأصول الجزائية (مجلة القضاء : ١٩٤٥ – ع ١ ص ٧٣ – ٧٥) .
٤ – زنا امرأة مع زوج في منزله الزوجي بين الإباحة والتجريم (مجلة القضاء : ١٩٤٥ – ع ٢ ص ١٤٨ – ١٥٢) .
٥ – حق الجار في الشريعة والقانون (مجلة القضاء : ١٩٤٥ – ع ٤ – ٥ ص ٤٨١ – ٥١٠) .
٦ – اليمين بوصفها وسيلة اثبات ، (مجلة القضاء : ١٩٤٧ ع ٢ – ٥ ص ١ – ١٨) .
٧ – ملاحظات حول مشروع – لائحة – القانون المدني (مجلة القضاء : ١٩٤٨ ع ١ و ٢ ص ١٠٣ – ١٠٦) .

٨ – تجزئة الاقرار مدنياً وجنائياً (مجلة القضاء : ١٩٤٨ ع ٣ ص ٢١ – ٢٨) .
٩ – رد الشاهد بين المجلة ونظام المحاكم المدنية (مجلة القضاء : ١٩٤٩ ع ٢ و ٣ ص ٧٥ – ٧٨) .
١٠ – بيّنة التواتر (مجلة القضاء : ١٩٤٩ – ١٩٥٠ ع ٤ و ٥ ص ١٧ – ٣٤) .
١١ – الصورية–المواضعة – وكيفية اثباتها (مجلة القضاء: ١٩٥٠ ع ١ و ٢ ص ٣٢ – ٥٣) .
١٢ – تقدير قيمة الديون والتعهدات لغرض ما يجوز اثباته بالشهادة وما لا يجوز (القضاء: ١٩٥٠ ع ٣ و ٤ ص ٧٥ – ١٠٢) .
١٣ – مدى تأثير اتفاق الأخصام على طرق الاثبات (مجلة القضاء: ١٩٥١ ع ١ ص ٢٧ – ٣٥) .
١٤ – الاثبات في المواد التجارية (مجلة القضاء ١٩٥٣ ع ١ ص ٣ – ١٩) .
١٥ – سلطة المحكمة في الرقابة على المحررات (مجلة القضاء ١٩٧١ ع ١ ص ١٧ – ٢٤) .
١٦ – الإثبات بالمحررات شرعاً (مجلة القضاء ١٩٧٢ ع ١ و ٢ ص ١٢٢ – ١٣٣) .
١٧ – حجية المحررات في المواد العقابية (القضاء ١٩٧٢ ع ٣ و ٤ ص ٣١ – ٣٧) .
١٨ – الرسائل بين حق الاثبات وحرمة الاسرار (القضاء ١٩٧٣ ع ، ص ٦١ – ٧٠).
١٩ – القرينة القانونية والقاعدة الموضوعية (مجلة القضاء ١٩٧٤ ع ١ و ٢ ص ٢٥ – ٤٠).
٢٠ – موقف الفقه الاسلامي من الاثبات بالأدلة الكتابية : محاضرة ألقيت في مقر اتحاد المؤلفين والكتاب العراقيين في ١٩٧٤/٦/٧ ونشرت في العددين ١ و ٣ لسنة ١٩٧٥ في مجلة « الكتاب » التي يصدرها الاتحاد .
٢١ – من يستحق التعويض عن جريمة القتل الورثة أم المعالون ؟ (القضاء ١٩٧٦ ع ١ و ٢ ص ٩٢ – ١٠٣) .
٢٢ – حكم الحاكم بعلمه في الشريعة والقانون : محاضرة ألقيت في مقر اتحاد المؤلفين والكتاب العراقيين في ٢٨ / ١١ / ١٩٧٥ ونشرت في مجلة القضاء سنة ١٩٧٦ في العدد ٣ ص ١١٣ – ١٤٤ .
٢٣ – ابطال الدعوى المتروكة للمراجعة وقطع التقادم (مجلة القضاء ١٩٧٦ ع ٤ ص ٥٥ – ١٠٣) .

الفهرس

صفحة

التوطئة	٣
التحكيم شرعاً	٥
التحكيم قانوناً	٨
تعريف التحكيم	١٠
عقد التحكيم وشرطه ومشارطته	١١
التنازل عن التحكيم	١٧
التحكيم بقانون أو عرف أجنبي	١٨
فوائد التحكيم ومضاره	١٩
أهلية المحتكمين	٢١
أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والخبرة	٢٤
أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والصلح	٢٥
أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والوكالة	٢٥
الأمور التي يجوز فيها التحكيم والتي لا يجوز	٢٦
أنواع المحكَّمين : (١) محكمون حاكمون (٢) محكمون مصالحون	٢٨
الشروط الواجب توافرها في المحكم : — (١) وترية العدد (٢) ألا يكون ممن يقوم بأعباء القضاء . (٣) أن يكون كامل الأهلية (٤) معرفة الكتابة في المحكَّم (٥) هل تجب الوطنية في الحكَم ؟ (٦) ألاّ يكون الحكم خصماً فيما حكِّم فيه أو له مصلحة في النزاع .	٢٩

الحالات التي تعين فيها المحكمة الحكم.	٣٤
حقوق المحكَّمين وواجباتهم	٣٥
إجراءات التحكيم	٣٧
المحكَّمون المفوضون بالصلح	٣٩
الحالات التي تقف فيها إجراءات التحكيم	٤١
عزل المحكَّمين وطلب ردهم	٤٣
قرارات المحكَّمين وما يجب أن تشتمل عليه	٤٦
الحالات التي يجوز فيها للمحكمة ابطال حكم المحكَّمين	٥٠
طرق الطعن بأحكام المحكمة بشأن التحكيم	٥٥
حجية أحكام المحكَّمين	٥٦
أجور المحكَّمين	٥٧

اشتريته من شارع المتنبي ببغداد
فـــي 24 / شوال / 1445 هـ
الموافق 03 / 05 / 2024 م

سرمد حاتم شكر السامرائـــي



